

**Titolo:** **Fondamento e azione per la responsabilità degli amministratori di s.p.a. verso i creditori sociali nella crisi dell'impresa**



RIVISTA  
DELLE SOCIETÀ

**Fonte:** Rivista delle Società', fasc.02-03, 2015, pag. 272

**Autori:** Massimo Fabiani

**Classificazione:** [SOCIETÀ DI CAPITALI - Amministratori](#) - - **responsabilità:** [verso creditori sociali](#)

### Sommario

Sommario: Sezione I: La Ratio Dell'azione Di Responsabilità Dei Creditori Sociali — 1. Preambolo. — 2. La Controversa Natura Dell'azione. — 2.1. Sulla Natura Contrattuale Della Responsabilità Degli Amministratori. — 2.2. Sulla Natura Extracontrattuale Della Responsabilità Degli Amministratori. — 2.3. Sulla Natura Autonoma Dell'azione. — 2.4. Sulla Natura Surrogatoria Dell'azione. — 2.5. L'incertezza Sulla Soluzione. — 3. Il Tessuto Normativo Di Riferimento E La Riproposizione Delle Vecchie Questioni. — 4. L'oggetto Della Responsabilità. — 4.1. La Ratio Della Responsabilità Verso I Creditori Sociali. — 4.1.1. Ratio Della Responsabilità E Interessi Protetti. — 4.2. Merito Gestorio E Declino Dell'impresa. — 4.3. Merito Gestorio, Conservazione Del Valore Patrimoniale E Rischio Di Crisi. — 5. Il Patrimonio Sociale E La Garanzia Patrimoniale. — 6. La Violazione: Sanzione O Risarcimento? — 7. Conclusioni Sulla Natura Della Responsabilità E Dell'azione. — Sezione II: L'azione Dei Creditori Nella Crisi — 8. Il Confine Dell'indagine. — 9. L'azione Dei Creditori Sociali E L'assorbimento Nel Fallimento. — 10. Le Azioni Di Responsabilità Nel Concordato Preventivo. — 10.1. Le Azioni Di Responsabilità Della Società. — 10.2. Le Azioni Di Responsabilità Dei Creditori Sociali. — 10.3. La Legittimazione Dei Creditori Sociali E Il Ruolo Del Liquidatore Giudiziale. — 10.4. Altre Interferenze Fra Società, Responsabilità E Concordato Preventivo. — 10.5. La Misura Del Danno Del Singolo Creditore. — 10.6. La Giustificazione Dell'azione Nel Concordato Preventivo. — 11. L'azione Dei Creditori Sociali Nelle Ristrutturazioni Non Concorsuali.

### SEZIONE I

1. L'esperienza formatasi nel corso del Secolo XX, nonché quella, più recente, modellatasi dopo le riforme "epocali" del diritto dell'impresa (la riforma del diritto delle società di capitali di cui al d.lg. 6/2003 e la riforma del diritto concorsuale di cui al d.l. 35/2005 e successive modificazioni e integrazioni), dimostra in modo non controvertibile che l'azione di **responsabilità** della società verso gli **amministratori** è largamente inespressa se sganciata dalle vicende concorsuali della società.

Una indagine statistica (prevalentemente fondata sulle banche-dati giuridiche), pur sommaria, consente, infatti, di apprezzare che le azioni di **responsabilità** vengono esercitate, di regola, nella cornice di una procedura concorsuale nella quale sia incappata la società, nonché, ma in misura largamente minore, quando muta l'assetto proprietario della società (*takeover*) e l'organo amministrativo più non coincide con chi esprime la maggioranza sociale (1); il capitalismo familiare e la scarsa propensione alla dissociazione fra proprietà e *management* costituiscono alcune delle ragioni della poca esperienza sulle azioni sociali di **responsabilità** e sono occasione della assunta permanenza del potere sovrano dell'assemblea (2).

È un sentire diffuso, e da sempre, quello per il quale l'azione di **responsabilità** della società non viene praticata per la presenza di una commistione di interessi (e talora, proprio di **responsabilità**), fra chi deve deliberare l'azione — e cioè la maggioranza dei soci — e chi la deve subire, ovvero sia quegli **amministratori** che proprio quei soci hanno designato (3). Il meccanismo di raccordo fra assemblea, soci di maggioranza e **amministratori** si è, quasi sempre, dipanato in modo da coniugare l'interesse dei soci di maggioranza con l'agire degli **amministratori**, eventualmente a scapito, anche, dell'interesse sociale (4), talché non vi è stata

fortuna per l'azione sociale fuori dall'ambiente patologico della crisi d'impresa.

In questa prospettiva, soprattutto ai fini di una ricerca che possa essere utile anche in chiave di diritto applicato, si potrebbe ipotizzare preferibile assumere come proiezione della ricerca quella fattispecie (menzionata, ancorché non descritta, nell'art. 2394-*bis* c.c.) nella quale si compenetrano l'azione della società e l'azione dei creditori sociali.

Tuttavia, una scelta di questo tenore rischierebbe di restare condizionata dalle torsioni applicative che quella fattispecie presenta, proprio perché la giustapposizione dell'azione di **responsabilità** della società con quella dei creditori sociali tende a far evaporare i profili di identità di ciascuna azione.

Più stimolante appare, allora, occuparsi direttamente (pur se non esclusivamente) dell'azione dei creditori sociali, come disegnata nell'art. 2394 c.c. con una particolare attenzione al profilo della crisi dell'impresa, una volta, però smarcati i temi che pertengono alla *ratio* di tale azione.

Quanto allo spettro dell'indagine merita segnalare che negli ultimi trent'anni non consta alcun lavoro monografico sull'azione dei creditori sociali nella s.p.a. (5); le trattazioni dedicate all'argomento o sono assorbite dalle trattazioni in tema azioni nelle procedure concorsuali, oppure sono confinate nei commentari (6). Come che sia, è agevole rilevare che qualunque autore si consideri, il contenuto delle trattazioni risponde ad un *clichè* preconfezionato nella cornice di una scansione di argomenti a rime obbligate. Si è soliti interrogarsi sulla natura della **responsabilità** (se contrattuale o extracontrattuale) e sulla natura dell'azione (se autonoma o surrogatoria).

Sono quesiti non certo trascurabili ma, al fondo, obliano la ragione della presenza di una disposizione qual è quella di cui all'art. 2394 c.c.

La scelta di delimitare in questo modo il perimetro della ricerca consente di dare per acquisite le discussioni sulla figura degli **amministratori**, sulla natura del loro incarico, sulla ragione della **responsabilità**, sul rapporto fra poteri e **responsabilità**.

È chiaro che da tutti questi presupposti non si può, certo, prescindere e tuttavia l'opzione teorica che si avvanzerà in ordine alla natura autonoma dell'azione, giustifica che un preambolo su amministrazione e **responsabilità** possa essere omissivo (7).

Nel corso delle successive riflessioni non si prenderà posizione su due argomenti collaterali ma di basilare importanza: *i*) la "resistenza" dell'azione dei creditori sociali nella s.r.l. (art. 2476 c.c.); *ii*) l'azione dei creditori sociali nel contesto del gruppo societario (art. 2497 c.c.). Due temi sui quali la letteratura (ma già anche la giurisprudenza) è particolarmente feconda.

Si potrebbe, invece, obiettare che proprio l'esperienza trascorsa, ma tuttora perdurante, di assenza di casistica sull'azione dei creditori sociali non giustifica una indagine autonoma. Si tratta di una obiezione controvertibile su tre fronti: *i*) le azioni dei creditori sociali possono mirare ad un più esteso bacino di rilevanza ora che si sono ampliate le sacche di "no failure zone", sia per ragioni dimensionali che per tipologia di impresa, sì che alla crisi dell'impresa non sempre si accompagna la dichiarazione di fallimento con trasferimento della legittimazione al curatore; *ii*) anche quando vi sia una situazione di insolvenza di un'impresa avente i requisiti di assoggettabilità a fallimento l'attuale conformazione del concordato che appare, oggi, uno strumento diffusamente alternativo al fallimento (8), apre scenari un tempo sconosciuti (9); *iii*) l'utilità di ricercare le caratteristiche dominanti dell'azione dei creditori sociali è funzionale anche per l'azione del curatore se si vuole aderire, come pare di gran lunga preferibile, alla tesi che mantiene distinte le due azioni che gli artt. 2394-*bis* c.c. e 146 l. fall. attribuiscono al curatore (10). Il tema delle azioni di **responsabilità** nel fallimento sarà, quindi, esaminato solo in modo tangente ma nella consapevolezza che i nuovi scenari concorsuali che vedono un drastico depotenziamento delle azioni revocatorie fallimentari reclamano nuovi strumenti rimediali sul versante delle **responsabilità**, ciò che ancora non è accaduto ma che per logica simmetria di tutela dovrebbe presto profilarsi (11).

Infine, il perimetro della ricerca è costituito dal diritto positivo, sia nella sua analisi volta a comprendere la *ratio* dell'azione di **responsabilità**, sia nella sua dinamica di regole disciplinari. Non vi saranno, invece, se non occasionalmente, spunti diretti a verificare se la tesi predicata nel testo sia allineata alle esigenze delle società-impresa come taluno aveva suggerito (12). Proprio dalla disamina dei contributi monografici, molto densi, che del tema delle azioni di **responsabilità** si sono occupati, ho tratto una impressione, quasi una convinzione, che i riflessi economici di una tesi più rigorosa o di una più morbida sul tema della **responsabilità** non riescono a condurre a risultati sufficientemente sicuri. La propensione ad una condotta-reazione è influenzata da troppe variabili e per non essere incauti si corre il rischio di doversi, poi sempre rifugiare al riparo di soluzioni di compromesso perché il *trade-off* è troppo complesso da valutare (13).

2. Nella letteratura già il solo "posizionamento logistico" della disposizione concernente la **responsabilità** degli **amministratori** verso i creditori sociali, immediatamente successivo all'art. 2393 c.c., determinò, da subito, l'interesse per la catalogazione dell'azione più che per i suoi risvolti disciplinari.

L'azione di **responsabilità** dei creditori sociali, forse perché — come accennato — poco sperimentata, venne

esaminata soprattutto nella sua cornice dogmatica.

In tutte le trattazioni manualistiche e trattatistiche l'azione dei creditori viene esaminata, essenzialmente, sotto una lente particolare costituita da due interrogativi: da un lato ci si domandò (ed ancora ci si domanda) se l'azione dovesse essere qualificata come azione autonoma o come azione surrogatoria (rispetto all'azione sociale), e dall'altro lato ci si chiese se la **responsabilità** che i creditori potevano far valere fosse di matrice contrattuale o extracontrattuale.

Entrambi i quesiti non ponevano solo argomenti dogmatici, in quanto l'adesione all'una o all'altra tesi ridondava (e ridonda, ancora) di relevantissime questioni pratiche.

Assumere la natura contrattuale o extracontrattuale della **responsabilità** e, quindi, in chiave dinamica quale sia la natura dell'azione, è decisivo per fissare i confini dei rispettivi oneri probatori. Quando l'azione viene qualificata in termini contrattuali, per l'effetto chi agisce deve dimostrare l'esistenza della violazione dell'obbligo (14), la produzione di un danno e la sussistenza di un nesso causale fra condotta ed evento; non è tenuto a dimostrare la colpa e l'imputabilità della condotta come accade, invece, quando si discorre di **responsabilità** extracontrattuale (15).

Corrispondentemente, qualificare l'azione come autonoma o come surrogatoria comporta che nel primo caso *i*) i creditori possono chiedere la condanna per loro (e non per la società); *ii*) non è necessaria la presenza in giudizio della società; *iii*) le eccezioni che potrebbero essere opposte dagli **amministratori** alla società non avrebbero alcun rilievo rispetto ai creditori sociali (16); *iv*) la sospensione della prescrizione non è invocabile per l'azione dei creditori (17).

La presenza di ben precise conseguenze a seconda della preferenza per l'una o l'altra tesi non consente, a mio avviso, di condividere l'opinione di chi, invece, predilige non assumere una posizione netta assecondando l'idea che l'azione non è né interamente surrogatoria, né interamente diretta (18). Reputo, così, preferibile prendere una posizione ben precisa pur nella necessità di scolpire tutti quei marcatori che possono, effettivamente, lasciare aperto un fronte duale alla lettura dell'azione.

2.1. Molto si è dibattuto sulla natura della **responsabilità**, ma spesso le conclusioni erano tracciate in modo apodittico o quasi per slogan (soprattutto nella manualistica), dando per pacifica la natura extracontrattuale della **responsabilità** (19), al cospetto della altrettanto pacifica visione della **responsabilità** verso la società come **responsabilità** contrattuale (20) derivante da una violazione del contratto di società (21), oppure da una violazione del contratto di assunzione della carica (22). In tale cornice, le discussioni pur feconde su quale sia il titolo della **responsabilità** contrattuale dell'amministratore verso la società non risultano decisive ove tutti i titoli si ascrivano, comunque, alla violazione di una preesistente obbligazione.

La circostanza che sia la legge (l'art. 2394 c.c.) ad imporre la **responsabilità** per violazione di uno specifico obbligo, è la motivazione dominante della dottrina che reputa, invece, avere l'azione matrice contrattuale (23). Si assume che la **responsabilità** non nasce dal compimento di un fatto (non ascrivibile ad un precedente precetto normativo) ma dalla violazione di un obbligo imposto per legge (24). Non rileverebbe la natura della fonte dell'obbligazione (la legge in luogo del contratto), ma la preesistenza dell'obbligo che viene violato, anche se si tende a predicare che l'obbligo violato sia corrispondente agli obblighi che l'amministratore deve osservare rispetto alla società (25). Più di recente, la natura contrattuale della **responsabilità** viene desunta dalla violazione di un preesistente obbligo di protezione (26) che è la legge ad imporre sotto la lente del divieto di compromettere la consistenza del patrimonio sociale.

2.2. Come si accennato, la tesi della natura extracontrattuale della **responsabilità** verso i creditori sociali è, ancora, quella prevalente (forse, non più dominante) (27).

In dottrina si afferma che la violazione dell'obbligo di conservazione del patrimonio concreta un atto illecito e più esattamente la fattispecie si iscrive nel catalogo dei fatti con i quali si determina una lesione del credito; l'art. 2394 c.c. altro non sarebbe che una esplicitazione della clausola generale espressa nell'art. 2043 c.c. (28).

Gli **amministratori** quando non conservano l'integrità del patrimonio provocano una lesione del diritto di credito che il creditore vanta nei confronti della società; l'antigiuridicità della condotta è desumibile dalla violazione degli obblighi imposti dalla legge e dallo statuto, ma perché si tratti di fatto illecito è sufficiente che non pre-esista un rapporto fra **amministratori** e creditori.

2.3. Sia quando si predica che la **responsabilità** è di natura extracontrattuale che quando si riconduce la **responsabilità** alla categoria contrattuale, restano invariate le conseguenze in ordine al dibattito se l'azione abbia natura autonoma o surrogatoria (29).

Orbene, gli argomenti che sono stati adottati a conforto della tesi della natura autonoma dell'azione non sono troppo diversi, da quelli che saranno esposti nel Par. successivo (30).

Infatti, il primo argomento adoperato a supporto della tesi della natura autonoma dell'azione, veniva ricavato dalla ininfluenza della rinuncia all'azione da parte della società (insita nell'ult. comma dell'art. 2394 c.c.) a testimonianza del fatto che l'azione dei creditori doveva essere diversa, posto che altrimenti la rinuncia all'una

avrebbe comportato il necessario esaurimento anche della pretesa dei creditori sociali [\(31\)](#); al contempo, la previsione dell'opponibilità della transazione ai creditori, salva la frode, era considerata spiegabile in quanto la transazione, ove non fraudolenta, assicurava ai creditori un vantaggio dato dal risarcimento del danno pattuito. Per vicinanza di tema, va rilevato che un secondo motivo di conforto per la tesi dell'autonomia dell'azione (e di coeva negazione per la tesi della natura surrogatoria) fosse enucleabile dalla mancata previsione dell'inerzia della società [\(32\)](#).

Allo stesso modo anche l'argomento costituito dall'attribuzione al curatore fallimentare (nel previgente art. 146 l. fall.) *delle azioni ex artt. 2393 e 2394 c.c.*, di dubbia lettura come si vedrà nel Par. successivo, era visto come espressivo della distinzione fra le azioni, posto che altrimenti non sarebbe stata giustificata la ragione di evocarle ambedue. Una ragione più che fondata, si osservava, in quanto il curatore poteva far valere la **responsabilità** *ex delicto* e quella *ex contractu* [\(33\)](#), cumulando i vantaggi dell'una (un più favorevole termine di decorrenza della prescrizione e l'irrelevanza della rinuncia della società) con quelli dell'altra (la natura contrattuale dell'azione).

Un ulteriore argomento era enunciato traendo spunto dal regime normativo della prescrizione; l'art. 2949 c.c. nello stabilire che nei rapporti di società il termine di prescrizione è di cinque anni, prevede, poi, che analogo termine si applichi alla prescrizione dell'azione di **responsabilità**, disposto che non avrebbe avuto alcun significato se l'azione fosse identica [\(34\)](#); proprio la diversa collocazione delle disposizioni in tema di prescrizione (commi 1 e 2), giustificerebbe, poi, un diverso trattamento in ordine alla causa di sospensione del corso della prescrizione [\(35\)](#).

La possibile diversità dei fatti generatori di **responsabilità** è uno degli altri argomenti a suo tempo offerti in dottrina [\(36\)](#); si afferma, così, che le violazioni di obblighi sostanziali possono essere diverse [\(37\)](#), tant'è che la misura del danno verso i creditori sociali può essere solo quella pari al danno emergente, mentre quella verso la società include anche il lucro cessante [\(38\)](#).

Ed ancora si è giustificato il ripudio della tesi dell'azione surrogatoria argomentandosi dal fatto che sarebbe strano affidare al surrogante la possibilità di agire in giudizio per solo una parte del credito del surrogato [\(39\)](#).

Anche in termini di effettività della tutela si dubitava dell'esattezza della tesi perché assunta come surrogatoria l'azione dei creditori, questi sarebbero stati esposti al rischio che gli **amministratori** convenuti in giudizio potessero eccepire che il loro operato era stato esattamente conforme al deliberato della società [\(40\)](#).

Anche le conseguenze processuali della tesi sono state giudicate incompatibili con l'adozione dell'opzione surrogatoria. Infatti, ove si ammettesse che l'azione che i creditori esercitano verso gli **amministratori** è la stessa azione che spetta alla società, una volta accolta la domanda e passata in giudicato la sentenza nessun altro creditore potrebbe dolersi nei confronti degli **amministratori**; un risultato che la legge non vuole nel momento in cui non pretende che tutti i creditori condividano simultaneamente l'azione.

Ed ancora, discorrendo di natura surrogatoria, sarebbe gioco forza, poi, prevedere che il danno accertato e liquidato dovesse essere destinato ad incrementare il patrimonio sociale e non a risarcire il creditore o i creditori.

2.4. Al fine di comprendere compiutamente come possa, oggi, essere considerata l'azione dei creditori sociali, è opportuno tracciare, anche, il percorso motivazionale tramite il quale una ampia porzione della letteratura condivide la tesi della natura surrogatoria dell'azione [\(41\)](#); una tesi che trova più che significativi riscontri nella giurisprudenza [\(42\)](#).

Le ragioni a favore di questa scelta sono plurime e ciò nondimeno possono essere ricondotte a quattro considerazioni di fondo.

Innanzitutto si sostiene che la ragione dell'esistenza dell'azione dei creditori sociali non può derivare dalla **responsabilità** limitata dei soci e ciò in quanto analoga azione è stabilita anche nella società in accomandita per azioni dove, pure, il socio accomandatario ed amministratore è illimitatamente responsabile.

La circostanza che i creditori confidino nella **responsabilità** del patrimonio sociale che costituisce la loro garanzia patrimoniale varrebbe in ogni modello di società, comprese le società a base personale.

Si è avuto modo di osservare che l'art. 2394, comma 3, c.c. sancisce che la rinuncia all'azione da parte della società non impedisce che i creditori sociali possano agire in giudizio [\(43\)](#), così come la transazione stipulata dalla società con l'amministratore non vincola i creditori sociali ai quali è data la possibilità di rimuovere l'effetto transattivo con la proposizione di una azione revocatoria.

La previsione di legge è argomento utilizzato dai sostenitori di ambedue le tesi, ovviamente sulla base di una opposta lettura.

Infatti, chi ritiene che l'azione dei creditori sociali abbia natura surrogatoria assume che la rinuncia all'azione non impedendo l'esercizio del diritto da parte dei creditori sociali, ripete nella sostanza il contenuto dell'art. 2900 c.c., là dove si richiede, per legittimare l'iniziativa del creditore, l'inerzia del titolare del diritto di credito. Ecco, allora, che quando si ammette che i creditori non sono vincolati dalla rinuncia del creditore è come se si

dicesse che l'inerzia della società lascia spazio all'iniziativa dei creditori (44), nell'ambito di un fenomeno che trova altri esempi (45).

Nell'art. 2394 c.c. si prevede che l'azione compete ai creditori sociali solo quando vi sia l'insufficienza del patrimonio sociale; così, i fautori della tesi della natura surrogatoria affermano che l'incapienza del patrimonio è proprio uno dei connotati funzionali dell'art. 2900 c.c., sì che la circostanza che la legge imponga come condizione dell'azione che non vi sia capienza nel patrimonio, esalta il confronto con i presupposti tipici dell'azione surrogatoria (46).

Un ulteriore argomento che viene speso per supportare la tesi della natura surrogatoria è quello della previsione normativa (prima allocata nell'art. 2394 c.c. e poi spostata nell'art. 2394-bis c.c.) secondo la quale quando la società è fallita, in liquidazione coatta amministrativa o in amministrazione straordinaria, le azioni di **responsabilità** previste negli artt. 2393 e 2394 c.c. sono attribuite al curatore, o al commissario liquidatore e straordinario.

Se le azioni fossero diverse non si comprenderebbe la ragione per la quale, in caso di apertura della procedura concorsuale, si dovrebbe sottrarre la titolarità ai creditori sociali; a costoro l'azione viene sottratta per la semplice ragione che la loro azione altro non è che l'azione della società (47); non esistono titolari del diritto al risarcimento del danno diversi dalla società o, ma per un danno diretto che non pertiene al patrimonio, dal socio o da un terzo (48).

2.5. Come si può notare dalla rassegna di argomenti e di prese di posizione sia in giurisprudenza che in letteratura, non vi era, prima della riforma, una soluzione assolutamente convincente risultando il più delle volte identici gli argomenti utilizzati a conforto di ciascuna tesi, visti da un lato o visti dall'altro (49); una lettura anfibologica di assai dubbia utilità. Una lettura, però, a mio avviso necessaria, in quanto è discutibile l'affermazione che vorrebbe qualificare come inutile la questione perché le due azioni vengono di solito cumulate in ambito concorsuale (50).

Una semplice riproposizione di tali argomenti, magari maggiormente supportata da ulteriori considerazioni, non mi pare un tracciato utile per pervenire ad una conclusione appagante.

In tale cornice, nello sviluppo del pensiero, si cercherà di dimostrare che l'autonomia dell'azione dei creditori va affermata sulla base di altri percorsi e, primo fra tutti, quello volto a verificare quale sia la ragione dell'esistenza di una disposizione che attribuisce ai creditori un'azione, e ciò in relazione agli interessi tutelati (51).

3. Le disposizioni che attengono alle azioni di **responsabilità** hanno subito alcune modificazioni con il d.lg. 6/2003.

La legge delega 366/2001, all'art. 4 stabiliva che il legislatore delegato avrebbe dovuto provvedere a « consentire l'azione sociale di **responsabilità** da parte di una minoranza dei soci, rappresentativa di una quota congrua del capitale sociale idonea al fine di evitare l'insorgenza di una eccessiva conflittualità tra i soci ». Il legislatore delegato si è adeguato a questa prescrizione istituendo nell'art. 2393-bis c.c. l'azione di minoranza, ed ha poi, comunque, proceduto a modificare parzialmente le disposizioni di cui agli artt. 2393 e 2394 c.c., anche immettendo il nuovo art. 2394-bis c.c. (52).

È noto che si sono sollevate perplessità su tali modificazioni in quanto vizzate da un (supposto) "eccesso di delega", ma ai fini della presente trattazione il sospetto di incostituzionalità può essere accantonato (53).

Le regole in tema di azioni di **responsabilità** hanno subito più ritocchi che vere innovazioni e ciò consente di affermare che le discussioni svolte in passato sulla natura autonoma/surrogatoria e contrattuale/extracontrattuale dell'azione e della **responsabilità** siano destinate a rimanere nella sostanza inalterate (54).

È ben vero che, volendo concentrare l'attenzione sull'interpretazione letterale, qualche maggior indizio sull'autonomia dell'azione dei creditori potrebbe essere censito (55), ma gli argomenti restano nella loro articolazione fragili. La soluzione, a mio avviso, non può gemmare che dalla considerazione di quale sia l'oggetto della **responsabilità**.

Nel frattempo, il panorama dell'esperienza non è mutato perché anche le azioni extra-concorsuali dei creditori sociali continuano ad essere poco sperimentate (56).

4. Si tratta, ora, di investigare il tema di quale sia l'oggetto della **responsabilità** verso i creditori sociali.

Se è ben vero che le speculazioni teoriche sopra riprodotte affrontano il tema classificatorio in modo almeno in parte "ideologico", non sembra discutibile che, invece, le soluzioni di inquadramento tipologico debbano derivare dalla struttura del tipo di **responsabilità** in relazione all'oggetto del fatto generatore, appunto, di **responsabilità**.

Al fondo, il quesito è: perché l'amministratore è responsabile verso i creditori sociali? È responsabile perché li ha danneggiati o è responsabile perché ha violato le regole di condotta che la legge e lo statuto gli prescriveva, condotte che tuttavia divengono esigibili dai creditori sol quando si traducono in una alterazione

della garanzia patrimoniale?

L'amministratore deve assolvere al proprio incarico in modo "corretto" rispetto alla società e ai creditori sociali, oppure anche se ha adempiuto ai suoi doveri (interni) risponde del danno quando si forma una incapacità del patrimonio?

È possibile che esista una **responsabilità** verso i creditori sociali senza che analoga **responsabilità** sussista verso la società?

Perché esista **responsabilità** verso i creditori sociali è necessario che vi sia stata la violazione di una regola di condotta?

Questi sono i quesiti cui occorre rispondere se si vuole capire quale sia il tipo di **responsabilità** e quale natura abbia l'azione.

4.1. Per quanto possa essere auspicabile da parte dei creditori, non credo sia condivisibile una lettura sanzionatoria dell'art. 2394 c.c. tale per cui la **responsabilità** degli **amministratori** sussiste per il solo fatto che il patrimonio sociale risulti non integro.

Se dovesse accreditarsi una siffatta tesi, non si potrebbe più parlare di **responsabilità** per danni ma di **responsabilità** per debito, con la conseguenza che in caso di perdita dell'integrità del patrimonio, il creditore potrebbe aggredire l'amministratore salvo dover al più escutere, preventivamente, il patrimonio sociale.

Una visione siffatta della **responsabilità** si risolve, nella sostanza, nell'attribuzione nei confronti dell'amministratore di una forma di coobbligazione. Si tratta di una visione che, di per sé, non è necessariamente eretica rispetto al sistema, visto che di **responsabilità** per debito si discuteva a proposito della **responsabilità** dell'amministratore ai sensi del [precedente] art. 2449 c.c. (57) e che, tuttavia non pare più conciliabile con il sistema attuale, un sistema che ha ripudiato quella regola, visto che la **responsabilità** degli **amministratori** e dei liquidatori *post-scioglimento* è, oggi, una **responsabilità** risarcitoria (58) e mai una **responsabilità** diretta per le obbligazioni assunte dalla società (59); il risultato, probabilmente non stravagante, è quello di non danneggiare ulteriormente i creditori anteriori allo scioglimento che potranno promuovere azione di **responsabilità** contro gli **amministratori** al pari dei creditori successivi.

Perché l'amministratore possa essere chiamato a risarcire i creditori sociali è necessario che l'integrità del patrimonio della società sia stata colpita a seguito di condotte dell'organo amministrativo poste in essere in violazione degli obblighi che attengono alla conservazione del patrimonio.

Deve, quindi, escludersi recisamente che l'impossibilità per il creditore di soddisfarsi sul patrimonio della società si traduca nel diritto a conseguire automaticamente il risarcimento del danno (da inadempimento della società) dall'amministratore.

Tuttavia, quando si precisa che l'obbligazione che grava sull'amministratore non è per debito ma per **responsabilità** si assume che vi sia stata la violazione di una regola di condotta che pertiene alla conservazione dell'integrità del patrimonio. Ed allora per non scivolare nell'assunzione tautologica, viene da chiedersi, appunto, se esista (o meglio, pre-esista) un preciso e specifico obbligo dell'amministratore di preservare il patrimonio, ovvero se si debba parlare di violazione di altri obblighi che sono imposti (per legge e per statuto) (60) all'amministratore e che possano risolversi, anche, in una lesione del patrimonio.

Ecco che l'interrogativo che ha da porsi è se la **responsabilità** dell'amministratore verso i creditori sociali presupponga, sempre e comunque, che l'amministratore abbia violato quelle regole di condotta che incidono sulla sua **responsabilità** verso la società (61); ovvero se una **responsabilità** sussista anche solo per avere l'amministratore violato il principio di conservazione del patrimonio sociale.

In un certo qual modo risulta, così, ribaltato il tema di dibattito sulla minore ampiezza della **responsabilità** verso i creditori sociali rispetto a quella verso la società. Si assume, infatti, che la *causa petendi* dell'azione dei creditori sociali sarebbe più ristretta in quanto potrebbero essere censurate solo le condotte illecite ma al contempo causative di un depauperamento del patrimonio sociale (62). Mentre la società si può dolere per non avere l'amministratore ben perseguito l'oggetto sociale e il profitto, al contrario questi profili sono neutrali per i creditori ai quali ciò che interessa non è il profitto della società, ma l'adempimento dell'obbligazione.

La **responsabilità** degli **amministratori** verso la società è il contrappeso dell'attribuzione del potere. Gli **amministratori** hanno il potere di gestione e quando non ne sono (anche) soci non assumono il rischio dell'investimento. Potrebbero essere, in fondo, indifferenti alle sorti della gestione. Per riequilibrare il potere loro riconosciuto debbono essere posti di fronte alle loro **responsabilità**: scisso il potere proprietà/gestione, gli **amministratori** assumono l'obbligazione di adempiere al loro incarico secondo determinati canoni (derivanti dalla legge e dallo statuto, v. art. 2392 c.c.), il cui mancato rispetto genera **responsabilità** (63).

La scissione fra proprietà e gestione non rileva, però, soltanto, nei rapporti soci → **amministratori** ma anche nel rapporto creditori sociali → società → **amministratori**. I creditori sociali contraggono obbligazioni nei confronti della società e fanno, dunque, affidamento sul patrimonio sociale quale garanzia patrimoniale del debitore secondo lo schema generale della **responsabilità** di cui all'art. 2740 c.c. (64).

Si attendono che l'adempimento dell'obbligazione avvenga secondo criteri di normalità, non potendo essere distinto il ruolo del debitore-società dal ruolo di un qualunque altro debitore. Tuttavia poiché il debitore agisce tramite suoi rappresentanti, il creditore fa affidamento sulla normale gestione dell'incarico e quindi non può sindacare la condotta di chi ha gestito la società come non potrebbe sindacare la gestione del debitore-singolo. Il creditore guarda al risultato dell'adempimento (o inadempimento) dell'obbligazione. Sennonché, poiché chi gestisce (l'amministratore) non risponde dell'obbligazione (che grava sulla società), non è irragionevole che anche chi gestisce possa assumere una qualche **responsabilità**, specie se si riconosce un valore sociale dell'impresa (65).

4.1.1. Prima di indagare questa posizione, occorre meglio verificare da subito quali potrebbero essere i criteri di verifica della condotta tenuta dagli **amministratori**.

Diversamente da quanto talora si opina e cioè che rispetto ai creditori sociali le violazioni che attengono alla conservazione del patrimonio sociali sarebbero circoscritte a talune fattispecie (le disposizioni di cui agli artt. 2343 ss. c.c., quelle di cui agli artt. 2484 ss. c.c.), a me pare che al contrario tutte le violazioni che determinano **responsabilità** verso la società, se cagionano (anche) un pregiudizio al patrimonio rendendolo incapiente, siano idonee a generare la **responsabilità** anche verso i creditori sociali (66). Quando un comportamento è di per sé illecito (verso la società) e per di più dannoso per i creditori, non v'è ragione di negare la tutela dei creditori.

Anzi, se si vuole, come in appresso vedremo, il dubbio è esattamente l'opposto e cioè se non vi possa essere **responsabilità** verso i creditori anche in assenza di **responsabilità** "interna", oppure se vi sia **responsabilità**, rispetto alla società, per la violazione degli obblighi che attengono alla conservazione del patrimonio sociale.

Su questo secondo aspetto la letteratura sembra fortemente orientata nel ritenere che i doveri degli **amministratori** di "protezione" del patrimonio sociale vadano rispettati nei confronti dell'ente, prima ancora che dei creditori (67). Tant'è che ci si può chiedere se sia proprio necessario che i creditori dispongano di una azione autonoma quando i loro interessi sono mediati dall'azione attribuita alla società. Ma il tema, a ben vedere, è diverso; qui si tratta di stabilire se una medesima condotta possa essere diversamente valutata guardando da un lato all'interesse sociale e dall'altro all'interesse dei creditori. Ciò è sicuramente possibile quando si dimostra che l'amministratore ha violato una regola di condotta prevista nello statuto; se da questa violazione sortisce danno, ma il patrimonio resta integro, i creditori sociali non possono dolersene.

Ma se l'amministratore pone in essere una condotta conforme all'interesse sociale ma pregiudizievole al patrimonio, cosa accade? Si potrebbe obiettare che se c'è un danno al patrimonio, il soggetto leso è prima la società e poi lo sono i creditori sociali e che se c'è un danno al patrimonio la condotta non può essersi conformata all'interesse sociale. Si tratta, però, di una semplice impressione perché non è affatto sicuro che quella condotta possa essere sanzionata dalla società; infatti, ben si può assistere ad una condotta conforme all'interesse sociale che, però, nel suo divenire si è dimostrata nociva (68).

Quindi, le sfumature possono essere molte e ciò giustifica una attenzione più intensa sulla ragione della **responsabilità** verso i creditori sociali.

Diverso, però, può essere il discorso quando si consideri che, una volta predicata l'autonomia dell'azione dei creditori sociali, gli interessi tutelati possono risultare fortemente divergenti.

Infatti, se rispetto all'azione sociale è indubbio che venga in gioco la valutazione di corrispondenza fra condotta dell'amministratore → interesse sociale e → **responsabilità** (69), rispetto all'azione dei creditori sociali (70), la circostanza che sia stato osservato dagli **amministratori** l'interesse sociale — quale espressione dell'interesse della maggioranza dei soci (71) — potrebbe, anche, risultare indifferente. Questo aspetto, a mio modo di vedere, travalica la classica impostazione "efficientista" (72) per la quale si deve offrire tutela diretta ai creditori in quanto, diversamente, costoro sarebbero condizionati dalle scelte dei soci e, per lunga esperienza, i soci raramente si determinano, per i più svariati motivi, a promuovere le azioni di **responsabilità**. Certo, assicurare ai creditori la possibilità di essere tutelati senza la necessità che la loro tutela sia affidata soltanto ai soci, vuol dire perseguire un risultato più che giustificato, ma, probabilmente, insufficiente.

Ma se è la legge che impone agli **amministratori** il dovere di conservazione del patrimonio sociale rispetto ai creditori sociali, ci si avvede che l'idea che la società (e la società per azioni in particolare) (73) non sia solo un affare privato ed esclusivo dei soci, anche quando ci si trovi di fronte ad una società capitalistica ma "chiusa" al mercato, pare trovi un solido appiglio, più forte della stessa dogmatica istituzionalistica (74).

Ecco la ragione per la quale occorre approfondire il tema se nella patologia della gestione societaria (quella che fa scattare la potenzialità dell'azione dei creditori sociali), il parametro della valutazione della condotta degli **amministratori** non si trasformi per abbracciare un interesse sociale oggettivizzato e non così correlato all'interessi dei soci, nell'ambito del quale un ruolo preminente debba essere assicurato alla tutela dei creditori sociali; che non vi sia identità di interesse, sottostante l'azione, a me pare indubbio, volta che è irrilevante, rispetto ai creditori, che la società abbia tollerato, e se si vuole imposto, agli **amministratori** un certo

comportamento (75). L'accordo società → **amministratori** non è idoneo, sotto alcun profilo, a scriminare la condotta nei confronti dei creditori. In verità si potrebbe obiettare che l'interesse dei soci quali *residual claimants* dovrebbe presupporre il già avvenuto soddisfacimento degli altri soggetti coinvolti, ma è noto che nella pratica ciò può non accadere, e spesso non accade anche per assecondare comportamenti opportunistici dei soci (76). Esistono, quindi, evidenti profili di divergenza fra obiettivi dei soci e obiettivi dei creditori.

Il dovere di diligenza che gli **amministratori** debbono osservare avendo come stella polare l'interesse della società, soggettivizzato nei soci di maggioranza, diviene più intenso quando vengono in gioco interessi ulteriori?

Un quesito di tale contenuto a me pare mal posto. Sono, infatti, gli **amministratori** che, di volta in volta e in relazione alla situazione della società, debbono farsi carico di ponderare quali sono gli interessi che verrebbero coinvolti da una certa decisione e come questi interessi debbano essere bilanciati. Non esiste una regola assoluta, la cui osservanza li ponga al riparo dalla **responsabilità** e ciò sia in una situazione di normalità della gestione e di continuità aziendale, sia in presenza di una situazione patologica.

Il problema è, allora, diverso. Non si tratta di imporre agli **amministratori** un diverso metro di comportamento, ma di verificare se, *ex post*, una volta presentatasi la crisi la valutazione del loro comportamento possa essere sindacata, sebbene *ex ante*, con criteri diversi che pongano in primo piano l'interesse dei creditori.

Per meglio comprendere il quesito possiamo esporre due esempi. Immaginiamo che l'amministratore abbia eluso una norma fiscale e che alla società sia stata comminata una sanzione (77) il cui importo, però, non intacca il patrimonio netto (78); in questo caso la **responsabilità** verso la società sussiste (79), ma non sussiste quella verso i creditori sociali (80), salvo che nel tempo il patrimonio non sia più integro, nel qual caso v'è da domandarsi se quell'atto che in un primo tempo sembrava indifferente rispetto ai creditori, non sia ora rilevante al fine della valutazione della violazione dell'obbligo di conservazione del patrimonio. Come si nota, anche quella che a prima vista appariva una fattispecie di semplice soluzione, non lo è affatto.

Ma immaginiamo ora che l'amministratore abbia pienamente osservato le regole **legali** e statutarie e che, tuttavia, di fronte ad una scelta industriale abbia optato per la soluzione che era in grado, *ex ante*, di far conseguire alla società il miglior risultato ma anche il maggior rischio, scartando la scelta di conseguire un basso profitto ma a rischio (almeno in linea teorica) inesistente. Si assume che la **responsabilità** dell'amministratore verso la società non possa comprendere le scelte di merito imprenditoriale così facendosi salva la *business judgement rule* (81); una regola che pertiene al metodo (82) di formazione dell'agire dell'amministratore. Sia chiaro, però, che al cospetto delle dichiarazioni di principio sulla insindacabilità del "merito gestorio", è necessario prendere atto che poi, nella realtà delle singole controversie, sui principi astratti tende a prevalere la discrezionalità del giudice con riguardo al caso concreto (83).

Rispetto alla società è ragionevole che non vi sia **responsabilità** perché, salvo l'azzardo conoscibile già in prevenzione che non esonera da **responsabilità** (84), una scelta imprenditoriale profittevole o rischiosa è coerente con la gestione. All'amministratore non può essere addebitato l'insuccesso dell'operazione economica intrapresa ma soltanto il difetto di diligenza ma da ponderare con una visione *ex ante*, secondo la tecnica della "prognosi postuma" (85).

Se l'amministratore si è compiutamente informato del contesto in cui l'operazione si sarebbe inserita; se l'amministratore ha valutato i rischi e se ha adottato, poi, la scelta in base a criteri probabilistici corretti, è coerente che la società non possa successivamente dolersi del fatto che il patrimonio sociale possa averne ricevuto nocimento (86). Anche quando l'operazione presentasse un'alea superiore alla norma è ragionevole che non vi sia **responsabilità** ogniqualvolta vi sia stata una ragionevole disamina dell'operazione (87). Questo perché l'amministratore cerca di realizzare il miglior interesse per i soci; il socio ha un interesse al miglior profitto mentre il creditore ha un interesse a conseguire il prezzo della prestazione erogata, ciò che dimostra una evidente divergenza, se si vuole acuita in caso di difficoltà economica e finanziaria dell'impresa, perché in tale evenienza — per il fenomeno della limitazione di **responsabilità** — il rischio fra il socio e il creditore si equivalgono perché si concentrano sulla misura dell'investimento (88), ma la forbice si allontana, ancora a favore del socio, quando le risorse della società sono prevalentemente allocate negli apporti finanziari di terzi (89).

Gli interessi protetti nelle disposizioni di cui agli artt. 2393 e 2394 c.c. sono (sostanzialmente) omogenei in una situazione di fisiologia della gestione della società, ma finiscono per divergere quando si prospetta, o a maggior ragione si presenta, una situazione di crisi.

4.2. Per meglio comprendere quale può essere la ragione della presenza dell'art. 2394 c.c., pare utile valutare se esistano profili di distanza fra interesse sociale e interesse dei creditori nelle situazioni di crisi dell'impresa, una volta preso atto che la norma nel prevedere che l'azione possa essere promossa solo quando il patrimonio sociale (cioè dell'obbligato principale) è divenuto insufficiente, lascia ben intravedere che l'azione è praticabile, nella sostanza, solo laddove l'impresa sia coinvolta in una fase di declino, magari solo provvisorio.

Il tema, in verità, va scomposto in due frammenti.

Un primo frammento pertiene alla valutazione di come si combinino interessi dei creditori ed interessi dei soci, e di riflesso quale debba essere il metro di valutazione della condotta degli **amministratori** quando si apre una crisi [\(90\)](#).

Un secondo frammento di indagine riguarda, invece, quelle situazioni ancor più complesse dal punto di vista della loro identificazione, nelle quali si manifesta un pericolo di crisi dell'impresa, ovvero un rischio di crisi patrimoniale derivante dal compimento di certe operazioni.

Con riguardo alla prima prospettiva si pongono poi ulteriori segmentazioni, posto che la **responsabilità** può investire la circostanza che la crisi sia stata cagionata dall'operato degli **amministratori** (ed è l'ipotesi tradizionalmente presa in considerazione dalla giurisprudenza), ma anche che vi sia stato un colpevole ritardo nella percezione e nella reazione alla crisi (ed ancora ci si trova di fronte ad una situazione ampiamente esplorata dalla giurisprudenza sin dai tempi di una massiccia applicazione della regola di cui all'abrogato art. 2449 c.c.) [\(91\)](#); sennonché il profilo più interessante, perché nuovo ed indotto dalla proliferazione delle soluzioni di composizione concordata della crisi volute dal legislatore, è oggi rappresentato dalla possibile emersione della **responsabilità** per essere stato adottato uno strumento inadeguato [\(92\)](#).

In relazione al primo tema e dunque in presenza di una situazione di crisi dell'impresa, il dovere di agire degli **amministratori** si deve conformare alla situazione di crisi con tutte le conseguenze che ne derivano [\(93\)](#).

Quando si guarda, innanzi tutto, al "come" gli **amministratori** debbano comportarsi, si discute se anche nella fase di declino dell'impresa il criterio di valutazione della *business judgment rule* sia invocabile [\(94\)](#) e ciò rileva a proposito, proprio, della forma di **responsabilità** da ultimo palesata (quella per la scelta di uno strumento inadeguato). Ci si può chiedere, infatti, se il sindacato sulla scelta dello strumento non finisca per intercettare la clausola sopra menzionata.

È forse preferibile offrire una risposta affermativa al quesito [\(95\)](#), ma con alcune e decisive precisazioni. La preferenza germina dal fatto che la legge offre, oggi, una serie di strumenti per aggredire la crisi e pone quindi l'organo amministrativo al cospetto di rimedi tecnici che debbono costituire un nuovo bagaglio di conoscenze da valutare nel quadro del principio dell'agire informato di cui all'art. 2381 c.c.

In ogni fase della vita della società gli **amministratori** si possono trovare di fronte ad un bivio e a dover effettuare una scelta fra più alternative [\(96\)](#). Quindi, anche con riferimento alla situazione di crisi dell'impresa non vi sono condotte obbligate se non nei precisi limiti in cui è la legge a stabilirlo (come accade a proposito dell'opzione "ricapitalizza o liquida" [\(97\)](#) e dell'eventuale opzione di accedere a nuovi finanziamenti [\(98\)](#)); ad ogni crisi corrispondono diverse reazioni [\(99\)](#). All'esterno di questo perimetro ed in relazione alla specifica tipologia della crisi, gli **amministratori** si devono determinare a reagire non già affidandosi ad uno qualsiasi degli strumenti che l'ordinamento ha previsto per la regolazione della crisi [\(100\)](#), ma, in virtù del principio per il quale devono agire in modo informato, adottando lo strumento che, in quel momento e con quella rappresentazione, è più adeguato a salvaguardare gli interessi — nel frattempo divenuti preminenti — dei creditori [\(101\)](#). Più sono gli strumenti, più sono i poteri, più sono le **responsabilità** [\(102\)](#).

Gli **amministratori** sono tenuti, allora, a dotarsi di un completo bagaglio informativo in ordine a quali siano gli scenari possibili, quali i possibili fattori di successo o di insuccesso dell'una soluzione rispetto all'altra, quali i vantaggi competitivi per i creditori e quali le residue aspettative per i soci [\(103\)](#) (specie se si condivide la tesi che vuole non più incompatibile con il disposto paradigmatico di cui all'art. 2740 c.c. la permanenza di una porzione del patrimonio alla "vecchia" proprietà, come si desume dal modello di piano concordatario con continuità aziendale [\(104\)](#)), tanto che non per caso si discute se, davvero, le decisioni sulla crisi debbano spettare solo agli **amministratori** ovvero non siano da ricondurre anche alle determinazioni dei soci [\(105\)](#).

Una valutazione *ex post* della scelta imprenditoriale compiuta in base al risultato negativo dello strumento adottato sarà, comunque, soggetta al metro di giudizio della *business judgment rule*, ma questa intesa nel caso specifico come adeguatezza della soluzione prescelta dagli **amministratori** [\(106\)](#), e ciò fermo restando che non vi è una *rule of law* da rispettare e che, quindi, imprescindibile è la allegazione di un danno [\(107\)](#).

In una situazione di crisi già percepita, si avverte che l'unico binario sul quale correvano l'interesse della società, quello dei soci e quello dei creditori, si sdoppia e gli interessi dei creditori non sono più (necessariamente) tutelati dal perseguimento dell'interesse sociale [\(108\)](#).

In presenza di una situazione di crisi, anche là dove formalmente non sia venuto meno il capitale sociale o là dove l'oggetto sociale sia ancora conseguibile, la gestione conservativa (ma non ingessata) si impone [\(109\)](#).

Mi pare, dunque, che già sulla base di queste enunciazioni sia possibile concludere che se diverso è l'interesse, diversa deve essere anche l'azione.

4.3. Esistono, quindi, solidi argomenti per postulare che l'azione della società, pur quando possa essere inclusiva della contestazione dell'inosservanza del dovere di conservazione del patrimonio sociale, non è un rimedio sicuramente efficiente perché il creditore-terzo è titolare di un interesse in larga parte disomogeneo da

quello di cui sono portatori i soci [\(110\)](#) e la società.

Così, se l'azione dei creditori sociali avesse natura surrogatoria a loro potrebbe essere opposta l'insindacabilità del merito gestorio; una insindacabilità che non è consustanziale all'azione dei creditori sociali, i quali potrebbero dedurre che il loro unico interesse non è che la società faccia profitti, ma che la società non faccia perdite tali da intaccare la garanzia patrimoniale.

Una volta accertato e confermato che ci si trova di fronte al bisogno di tutelare interessi diversi, per logica coerenza si dovrebbe affidare a soci e creditori rimedi diversi, pur se concorrenti [\(111\)](#).

Così pure, sul piano del diritto sostanziale, ove si volesse guardare ai profili economici delle operazioni oggetto di contestazione, si potrebbe discutere se il metro di valutazione dell'operato degli **amministratori** possa divergere; che certe scelte imprenditoriali siano neutre rispetto ai soci, ma non tali rispetto ai creditori.

Se, come si è appena verificato, in presenza di una situazione di crisi dell'impresa si ribalta la prospettiva fisiologica di preminenza degli interessi soci → creditori in quella creditori → soci, è ragionevole che già prima della crisi ed al solo manifestarsi di un pericolo di crisi patrimoniale, il teorico salvacondotto della *business judgement rule* visto dalla prospettiva della società non valga allo stesso modo rispetto ai creditori sociali [\(112\)](#); o, comunque, non si può ignorare il quesito se la regola dell'insindacabilità del merito gestorio valga parimenti per l'azione dei creditori sociali [\(113\)](#).

I creditori sociali non sono interessati alle sorti dell'impresa-società ma alla sorte del loro diritto di credito ed allora dobbiamo chiederci se per i creditori la scelta dell'amministratore di voler optare per la soluzione più rischiosa [ma non azzardata] non rappresenti la violazione dell'obbligo di conservazione dell'integrità del patrimonio.

Il tema è molto delicato perché se si condividesse questa seconda lettura, gli effetti in termini economici e di gestione potrebbero essere laceranti, in quanto la tutela dei creditori sopravanzerebbe la tutela dei soci, nel senso che l'amministratore dovrebbe, prima, guardare alla tutela del credito e poi all'interesse del socio, con ciò trovandosi costretto a premiare, sempre, la soluzione conservativa per non rischiare di incorrere nella **responsabilità** verso i creditori sociali.

La *ratio* dell'art. 2394 c.c. è, quindi, quella di spingere l'amministratore ad un agire "conservativo"? Infatti, nel momento in cui si rafforza l'azione di **responsabilità** (ad esempio nel senso che viene accettato che possa essere sindacato il merito della gestione), si corre il rischio di improntare l'attività d'impresa non già verso il perseguimento dell'oggetto sociale [\(114\)](#), ma verso la protezione dei creditori, a detrimento dell'interesse sociale [\(115\)](#).

Va ricordato che l'art. 2392 c.c. impone all'amministratore il canone della diligenza [\(116\)](#); non anche, quanto meno esplicitamente, il canone della prudenza, prudenza che di volta in volta potrà essere sindacata come manifestazione di diligenza [\(117\)](#). Ma la stessa diligenza viene ritenuta non già un obbligo generico ma il canone di valutazione delle condotte; anzi, a questo proposito si assume che non può essere la diligenza in sé un obbligo da rispettare perché si tratterebbe di un obbligo indeterminato, sì che la diligenza è il canone di valutazione delle condotte dell'amministratore [\(118\)](#).

Per evitare di incappare in questo *cul de sac*, ben si potrebbe ritornare alle clausole generali in tema di **responsabilità** degli **amministratori** e farne conseguire che la **responsabilità** verso i creditori sociali sussiste solo quando si sia violato un obbligo stabilito per legge o per statuto, violazione che abbia, poi, cagionato una alterazione peggiorativa del patrimonio sociale [\(119\)](#).

Una soluzione semplice e lineare che, per vero, non mi pare del tutto persuasiva perché presupporrebbe, per logica, un testo normativo diverso. L'art. 2394 c.c. dovrebbe essere scritto così per giustificare davvero questa impostazione interpretativa: «Gli **amministratori** rispondono verso i creditori sociali per l'inosservanza degli obblighi *derivanti dalla legge o dallo statuto quando ne consegue una lesione dell'integrità del patrimonio sociale*»; la disposizione, però, stabilisce la **responsabilità** in relazione alla violazione di un obbligo diverso. La formula sopra enunciata (ed ipotizzata quale argomento di discussione) esprime la vocazione surrogatoria dell'azione nel senso che possono essere violati solo gli obblighi di cui agli artt. 2392 c.c. (e precedenti) e la lesione dell'integrità del patrimonio è ciò che fa scattare il regime di **responsabilità**.

Occorre, invece, prendere atto che la legge riconosce espressamente che gli **amministratori** hanno un obbligo diretto, e non mediato, verso i creditori sociali.

Vi è, però, chi ritiene che la norma non istituisca una protezione autonoma sul presupposto di una "diversità" dei creditori sociali, quanto, invece, una protezione che riflette l'interesse generale a stimolare condotte corrette da parte degli **amministratori** [\(120\)](#). La conoscenza del rischio che siano i creditori sociali a contestare la condotta degli **amministratori** finirebbe col costituire un deterrente e quindi un incentivo al perseguimento di interessi generali; l'interesse della collettività e del mercato alla sana e corretta gestione delle società di capitali.

In sostanza l'attribuzione dell'azione ai creditori sociali altro non sarebbe che una scelta strumentale per la

protezione di altri interessi: le regole del diritto della **responsabilità** al servizio dell'intera collettività, secondo una tecnica dell'uso del privato per il perseguimento di fini pubblici [\(121\)](#).

L'autorevolezza della fonte impone una particolare cautela nella disamina della tesi; al fondo muove l'interrogativo del perché esista una norma, l'art. 2394 c.c., che prevede un'azione dei creditori sociali, un interrogativo che si riflette, poi, sulla "necessità" di una tale azione, decisivo quando si voglia oggi esportare il rimedio alle s.r.l. [\(122\)](#).

L'idea stessa della **responsabilità** (così come in campo penale, della pena) evoca la funzione di deterrenza: colui che deve adempiere una certa obbligazione è incentivato ad adempiere sapendo *ex ante* in quali conseguenze (*id est*, **responsabilità**) incorre.

Il riconoscere direttamente ai creditori (qui non importa se a titolo autonomo o surrogatorio) la possibilità di chiamare gli **amministratori** davanti ad un giudizio di **responsabilità** costituisce, indubbiamente, un deterrente ad assumere determinate corrette condotte [\(123\)](#), ma non reputo che la funzione della **responsabilità** degli **amministratori** verso i creditori sociali possa esaurirsi in una strumentalità dell'azione. La funzionalizzazione della **responsabilità** verso la corretta gestione è una tesi che finisce col minimizzare il valore della **responsabilità** [\(124\)](#).

Ma, per tornare al quesito enunciato, occorre proprio domandarsi se vi sia un obbligo di gestione conservativa durante la fase di normale amministrazione; sul tema va considerato quanto stabilito nell'art. 2486 c.c. là dove si stabilisce che « 1. Al verificarsi di una causa di scioglimento e fino al momento della consegna di cui all'art. 2487-bis, gli **amministratori** conservano il potere di gestire la società, ai soli fini della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale. 2. Gli **amministratori** sono personalmente e solidalmente responsabili dei danni arrecati alla società, ai soci, ai creditori sociali ed ai terzi, per atti od omissioni compiuti in violazione del precedente comma ».

Dall'esame di tale disposizione sembra evincersi che soltanto in fase di liquidazione della società gli interessi preminenti divengono quelli dei creditori sociali (tanto è vero che il diritto del creditore sociale non è condizionato dall'insufficienza del patrimonio della società [\(125\)](#)), il che non è stravagante se si pensa che, ormai, lo scopo societario è stato raggiunto o non potrà, più, essere raggiunto. Gli interessi dei soci vengono postposti a quelli dei creditori [\(126\)](#) ed emerge in tutta la sua impressività la formula del socio quale *residual claimant*.

Ma, allora, viene da pensare che *durante societate*, gli interessi dei creditori sociali non debbano sopravanzare quelli dei soci [\(127\)](#). Non si può pretendere una gestione conservativa quando la società non presenti alcun profilo di allarme; se gli **amministratori** hanno fatto scelte rischiose ma coscienti e coerenti con l'interesse sociale (secondo la logica, *high-risk* → *high return*) [\(128\)](#) che, *ex post* si rivelino lesive del patrimonio della società, i creditori non possono dolersene e debbono fare affidamento, soltanto, sul patrimonio della società come accade rispetto all'imprenditore individuale o al debitore persona fisica.

Al contrario, quando gli **amministratori** abbiano consapevolezza *ex ante* che la scelta più rischiosa è anche quella che può pregiudicare il patrimonio della società, già con una valutazione *ex ante*, la **responsabilità** nei confronti dei creditori non va esclusa [\(129\)](#). A maggior ragione tale **responsabilità** ricorre quando la violazione della gestione conservativa accade nella cornice di uno stato di scioglimento della società, già accertato o già verificatosi ma non formalizzato [\(130\)](#); è, infatti, assai probabile che ci si trovi al cospetto di uno stato di scioglimento latente ogni volta che sia minata la continuità aziendale posto che da ciò gemma il dovere di valutare gli *asset* a valori di liquidazione e ciò determina, quasi automaticamente, l'emersione di minusvalenze che impattano sull'equilibrio del bilancio [\(131\)](#).

Ed allora, in che cosa consistono *gli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale* come recita l'art. 2394 c.c.?

A me pare che gli obblighi che ineriscono alla conservazione dell'integrità del patrimonio siano quelli che derivano dalla legge, dallo statuto e dai principi di corretta gestione [\(132\)](#), la cui violazione è in grado di *potenzialmente* incidere sulla consistenza patrimoniale.

La legge lascia ai soci la facoltà di agire contro gli **amministratori** quando la condotta li ha pregiudicati per effetto di un danno procurato al patrimonio della società, ma assegna ai creditori della società il potere di censurare la condotta degli **amministratori** quando questa condotta oltre che procurare un danno all'interno della società, reca un pregiudizio anche all'esterno.

Orbene, posto che quando si parla di obblighi ci si riferisce ad una espressione che rinvia anche a quelli imposti per legge, è chiaro quanto sia estesa la latitudine del rischio di **responsabilità**, volta che le regole **legali** nell'agire societario sono innumerevoli.

Si è soliti proporre alcuni esempi paradigmatici di azioni che incidono sull'obbligo di conservazione del patrimonio: il divieto di distribuzione di utili fittizi, i limiti all'acquisto di azioni proprie, gli obblighi conseguenti alle perdite che incidono sul capitale sociale, ma certo si tratta di situazioni che non esauriscono la fattispecie [\(133\)](#).

Approdando ad una prima conclusione a me pare che sia coerente predicare che gli **amministratori** devono primariamente perseguire l'interesse sociale sino a che tale interesse può competere con quello di terzi. Nel caso più specifico, gli **amministratori** possono compiere operazioni anche azzardate (ma sempre allineate all'interesse sociale e compatibili con un rischio ponderato), purché all'esito di queste resti conservato il patrimonio sociale (134). Quando, invece, il compimento di tali operazioni appare, *ex ante*, come potenzialmente produttivo di una lesione al patrimonio tale da incidere sul soddisfacimento dei creditori sociali, l'agire dell'amministratore deve conformarsi anche all'interesse dei creditori, posto che quando si assiste ad un impoverimento del patrimonio tale da mettere in pericolo la soddisfazione dei creditori, i soggetti interessati al rischio d'impresa divengono, prima di tutto, i creditori (135). Ne consegue che ben si potrebbe immaginare una sottospecie di *test* di solvibilità (136) da prevedere quando gli **amministratori** avvertono il rischio che l'operazione possa intaccare la garanzia patrimoniale dei creditori (137).

A questa conclusione si potrebbe opportunamente obiettare che in una situazione di rischio solo potenziale si inducono gli **amministratori** ad una gestione ingessata che, nella fase di declino dell'impresa, potrebbe rivelarsi esiziale perché priverebbe la società di ogni speranza di riprendersi (138); in questo modo si negherebbe che la crisi è un momento ciclico della vita di una impresa e che va superata ma non con la sua demolizione. Si tratta di una obiezione assai stimolante ma che mi pare, anche, sicuramente superabile una volta che si rammenti che gli **amministratori** dispongono di strumenti di reazione (i procedimenti negoziali di composizione concordata della crisi) che possiamo definire non più, soltanto, passivi. Gli accordi di ristrutturazione e il concordato preventivo consentono, oggi, di pianificare una vera e propria riorganizzazione dell'impresa ma in una cornice di protezione per i creditori (139).

Ciò significa che l'agire conservativo può strutturarsi, ad esempio, nella proposizione di un concordato preventivo con piano di continuità aziendale e ciò senza trascurare che al riparo della autorizzazione dell'autorità giudiziaria (art. 161, comma 7, e art. 167 l. fall.) possono essere compiute anche operazioni non strettamente conservative (140).

Ecco, allora, che in relazione al secondo corno del tema esposto in apertura del presente paragrafo, si può concludere che l'azione attribuita ai creditori nei confronti degli **amministratori** assolve, indirettamente, ad una funzione di deterrenza, ma anche di controllo sull'operato dei soci (specie nella s.r.l.) ma non può essere funzionalizzata a tale scopo in quanto, tra l'altro, diviene in concreto operativa quando la società viene a trovarsi in stato di dissesto sì che la sua proposizione può intervenire solo in un momento in cui gli **amministratori** non hanno più interessi da coltivare (141).

Ed allora la *ratio* della previsione di un'azione assegnata ai creditori, *i*) nella s.p.a., *ii*) nei casi di scioglimento e *iii*) nelle situazioni di gruppo è quella di offrire ai creditori una tutela addizionale rispetto alla tutela della pretesa creditoria nei confronti del solo patrimonio del debitore.

Di regola il creditore può pretendere che il proprio credito sia soddisfatto solo dal debitore (ed eventualmente dai coobbligati che si sovrappongono per effetto del rilascio di garanzie), ma quando il soggetto debitore è una s.p.a. la tutela si incrementa in quanto si vuole che la gestione di certe forme di impresa non sia rimessa all'esclusiva disponibilità dei soci (nel senso che i soci potrebbero rinunciarvi). Parimenti, tale tutela si incrementa quando la società è in stato di scioglimento perché in tal caso i diritti dei creditori sono ormai antergati alle aspettative dei soci. Ed, infine, eguale tutela si applica nel gruppo perché le operazioni compiute dalla capogruppo possono alterare il meccanismo della normale gestione, per la sopravvalutazione degli interessi di gruppo.

L'azione ha un preciso contenuto risarcitorio rispetto alla perdita della garanzia patrimoniale primaria e di questo occorre occuparsi nel Par. successivo.

5. Nel nostro sistema, il Libro VI del codice civile si occupa della tutela dei diritti.

In tale cornice una disposizione fondamentale è quella costituita dall'art. 2740 c.c. là dove si stabilisce che il debitore risponde dei debiti che ha contratto con tutto il suo patrimonio (anche futuro).

Di fronte all'inadempimento, il creditore sa che il suo credito potrà essere soddisfatto, per equivalente, sul patrimonio del debitore e ciò mediante l'esercizio della tutela dichiarativa prima ed esecutiva poi. Quando al creditore viene offerto lo strumento dell'esecuzione forzata sui beni del debitore ecco che si può, concretamente, realizzare la garanzia patrimoniale.

Tuttavia, poiché il debitore è a sua volta consapevole del rischio che corre quando non adempie all'obbligazione, è possibile che compia atti rivolti a diminuire la garanzia patrimoniale sia con atti omissivi che commissivi.

A presidio della conservazione della garanzia patrimoniale l'ordinamento affida al creditore tre strumenti di protezione: due di natura preventiva (il sequestro conservativo e l'azione surrogatoria) ed uno di natura successiva (l'azione revocatoria) (142).

Tutti e tre questi strumenti mirano a far sì che il creditore possa comunque vedere realizzata la garanzia

patrimoniale. Ci si muove, però, all'interno del perimetro della **responsabilità** del debitore (143).

A protezione della garanzia patrimoniale, se si esce dal perimetro della **responsabilità** del debitore (144), sono destinate le forme di coobbligazione, posto che è evidente che la presenza di più obbligati per una sola obbligazione è un modo per rafforzare la garanzia patrimoniale perché il creditore può soddisfarsi su più patrimoni. Non diversamente nelle società personali, il patrimonio dei soci illimitatamente responsabili è un rafforzamento della garanzia patrimoniale (145). Tuttavia, in ambedue questi casi, il rafforzamento della garanzia patrimoniale presuppone che vi sia un obbligo di legge (per i soci illimitatamente responsabili) o un obbligo derivante dal contratto (per i garanti) e la **responsabilità** personale addizionale coincide con la **responsabilità** del debitore principale, salvo che la garanzia personale non sia parziale.

Se ora guardiamo la **responsabilità** degli **amministratori** verso la società, è agevole cogliere che questa deriva dalla legge ma non è automatica, né coincide nella misura con l'obbligazione della società verso i creditori sociali. La **responsabilità** deve essere accertata e la misura della **responsabilità** dipenderà dall'entità del rapporto di causalità fra condotta di *mala gestio* ed evento pregiudizievole imputabile a tale condotta.

Non sembra facile, allora, includere di primo acchito l'azione di **responsabilità** fra i mezzi soggettivi, tipici, di rafforzamento della garanzia patrimoniale.

Se davvero si fosse voluto correlare la **responsabilità** degli **amministratori** alla protezione soggettiva della garanzia patrimoniale, l'art. 2394 c.c. avrebbe dovuto essere formulato in modo simile al previgente art. 2449 c.c. In sostanza si sarebbe potuto prevedere che l'obbligazione per debito è in carico alla società e che tuttavia se la società non è in grado di adempiere e se ciò è accaduto in conseguenza di condotte degli **amministratori** poste in essere in violazione della legge e dello statuto, l'amministratore risponde del debito. Si sarebbe salvato il principio della limitazione della **responsabilità** (per l'amministratore che sia anche socio), si sarebbe confermato il principio della **responsabilità** dell'organo di gestione, ma al contempo si sarebbe trasformata, nella misura del danno, l'obbligazione risarcitoria in obbligazione per debito, sebbene sussidiaria.

La tessitura normativa non consente un tale approdo. L'amministratore non è, quindi, in alcun modo un coobbligato della società, né per titolo (146), né per misura dell'obbligazione risarcitoria (147). Non a caso si è sottolineato che nell'azione sociale il danno è correlato al pregiudizio generato al patrimonio, mentre nell'azione dei creditori sociali il danno è, mediatamente, correlato al valore del credito (148).

Prima di abbandonare il percorso intrapreso per valutare se l'azione ex art. 2394 c.c. possa ascrivere al catalogo dei mezzi (impropri) di conservazione (o di rafforzamento) della garanzia patrimoniale occorre svolgere qualche altra considerazione anche mediante qualche esempio.

Ipotizziamo che il bene che costituisce la garanzia patrimoniale per il creditore venga danneggiato da un terzo con perdita di valore. Il creditore vede diminuita la garanzia per un fatto non imputabile al debitore ma ad un terzo. A garanzia della conservazione del credito, il creditore ha azione diretta verso il terzo?

La risposta è notoriamente affermativa sin dagli Anni '70 quando è comparsa sulla scena la teoria della lesione aquiliana del credito e della sua risarcibilità (149). In questo caso, però, è evidente che fra il terzo ed il creditore non esiste alcun rapporto (150) e dunque il paradigma della **responsabilità** non può che essere il principio del divieto del *neminem laedere* (151).

La **responsabilità** del terzo non è un rafforzamento della garanzia patrimoniale ma è semplicemente un'obbligazione nuova che potrà assumere effetto compensativo della perdita della garanzia patrimoniale.

Non mi pare che questa situazione si replichi con riguardo alla posizione degli **amministratori**. Gli **amministratori** non sono dei terzi estranei al rapporto fra il creditore e la società ma sono direttamente coinvolti nell'adempimento dell'obbligazione non già con l'assunzione di una coobbligazione ma con l'apprestamento di condotte che siano guidate, anche, dall'obbligo di protezione dei terzi creditori (152).

Il creditore della società contrae con l'ente ma attraverso i suoi rappresentanti e gli **amministratori** — a prescindere qui da come sia organizzata la catena di comando (153) — non sono certo degli estranei rispetto al rapporto obbligatorio che si è formato; tanto se si tratti di una obbligazione che deriva da una condotta correlata ad un contratto, quanto che si tratti di una condotta che abbia provocato un fatto illecito (154).

L'amministratore non è, mai, estraneo all'obbligazione come invece accade con riferimento alla classica casistica in tema di lesione aquiliana del credito. Qui, poi, ciò che viene leso non è tanto il diritto di credito, quanto l'oggetto della garanzia patrimoniale, ciò cui gli **amministratori** sono tenuti verso i creditori (155).

Senonché, non essendo neppure un coobbligato, si trova in una posizione particolare; ha un interesse all'adempimento dell'obbligazione contratta perché se la società adempie ed estingue il debito quel creditore perde la legittimazione alla proposizione dell'azione (pur quando vi sia una lesione al patrimonio sociale); ha, anche, una posizione di rischio che, però, non coincide con la posizione di debito della società.

La legge, preso atto che l'amministratore è, dunque, coinvolto nell'adempimento del debito sociale, vuole che il corrispondente credito possa trovare una soddisfazione (parziale o totale) anche in un patrimonio aggiuntivo, quello dell'amministratore, in presenza di talune condizioni rappresentate dal compimento di atti di *mala gestio*

e dalla refluenza di tali atti sul patrimonio sociale.

In tale contesto l'azione dei creditori non è uno strumento di conservazione della garanzia patrimoniale perché ciò riguarda il patrimonio del debitore, ma è uno strumento di garanzia suppletiva (quindi un rafforzamento), *ex lege* (e cioè non dipendente dalla volontà delle parti), e di natura compensativa perché l'azione presuppone che sia stato inferto un danno (156).

Qui emerge, in tutta la sua portata, la distanza fra l'azione dei creditori sociali e quella della società. Il bene giuridico protetto è diverso: nell'azione della società i soci si lamentano della violazione dell'interesse sociale quando da questa violazione è sortito un danno; nell'azione dei creditori sociali, l'interesse sociale è del tutto indifferente perché ciò che per loro rileva è che non sia stata alterata la garanzia costituita dal patrimonio della società. L'interesse sociale viene in gioco solo in via mediata per verificare se la condotta degli **amministratori** è antigiuridica (con le diversificazioni prima suggerite a seconda che la condotta sia realizzata in un momento di vita fisiologica della società o già nella fase crepuscolare).

Una garanzia patrimoniale additiva (di fonte convenzionale) potrebbe essere richiesta dai creditori quando concedono credito e questo accade frequentemente quando si parla di creditori finanziari o, comunque, di "creditori forti". Il creditore che riesce a conquistare una garanzia suppletiva sul patrimonio dell'amministratore è indifferente all'esercizio dell'azione di **responsabilità**; anzi, la garanzia gli offre molto di più perché il garante risponde del debito e non per la **responsabilità** (157). L'art. 2394 c.c., di fatto si rivela uno strumento per porre a disposizione di tutti i creditori, così collocandoli su un piano omogeneo, alcuni dei vantaggi rappresentati dalle garanzie, e cioè l'addizione di un ulteriore patrimonio; tuttavia, poiché, in un bilanciamento, più che giustificato, di reciproci interessi, non si è voluto assicurare al creditore una tutela eccessiva (quella della coobbligazione per debito), si è stabilito che la garanzia operi solo quando all'inadempimento della società si accompagni un atto di *mala gestio* dell'amministratore, di tale rilevanza da avere pregiudicato, proprio la garanzia patrimoniale generica del debitore-società (158).

Si tratta, però, di un'azione che protegge il creditore sociale, aggiungendosi per legge un patrimonio ulteriore a quello sul quale grava la **responsabilità** ex art. 2740 c.c., che appare di gran lunga come espressiva di una regola eccezionale; una eccezionalità che dipende dal coinvolgimento del patrimonio di un soggetto che non è il debitore, già praticata nell'ambiente delle azioni revocatorie fallimentari che costituiscono anch'esse una forma di eterodossa addizione della garanzia patrimoniale (159), e tuttavia sistematicamente più giustificabili in quanto il "valore" oggetto della pretesa revocatoria apparteneva al debitore.

Se guardiamo alle norme in tema di persone giuridiche non societarie, ci avvediamo del fatto che né è previsto un dovere degli **amministratori** di conservazione del patrimonio sociale rispetto ai creditori (art. 18 c.c.), né è prevista l'azione dei creditori sociali (artt. 22 e 25 c.c.) (160). Non è, dunque, vero che là dove opera una regime di limitazione di **responsabilità**, lì debbono essere allocati strumenti di reazione quali le azioni di **responsabilità**.

Una regola siffatta deve trovare applicazione solo là dove la legge la prevede (161). Non mi pare, infatti, condivisibile la tesi che predica l'esistenza di un principio generale per cui nelle società — e negli enti non societari che svolgono in concreto attività d'impresa (162) — il diritto del creditore si espande dal diritto all'adempimento del credito al diritto sul complesso di risorse destinate a garantire la massa dei debiti (163).

Un conto è affermare che esiste un dovere degli **amministratori** di bene amministrare il patrimonio sociale o dell'ente non societario e che in caso di *mala gestio* di questa cattiva gestione si debba rispondere; altro conto è affermare che i soggetti che hanno una aspettativa sulla consistenza del patrimonio sociale abbiano anche un autonomo e diretto diritto di "copertura" del rischio per il tramite delle azioni di **responsabilità**.

L'implementazione, legale, della garanzia attribuita al creditore è un *unicum* nel sistema quando il debitore è titolare di un patrimonio che corrisponde ad una soggettività perfetta, quale è quella delle società per azioni (164).

Escludere l'azione dei creditori sociali non significa predicare la disponibilità del patrimonio (165), ma riconoscere che a presidio del valore della conservazione del patrimonio altre sono le tutele; la previsione della co-**responsabilità** del socio nelle s.r.l. ben potrebbe essere una forma di garanzia dei creditori in quanto il socio che non reagisce alla *mala gestio* degli **amministratori** rischia di essere esso stesso attinto da una azione di **responsabilità**.

In fondo, poi, in tutte le situazioni in cui si agita una questione di rappresentanza, di regola il terzo che contrae col rappresentato a mezzo del rappresentante, ha azione verso il rappresentato e non verso il rappresentante. Eppure il terzo contraente può essere pregiudicato dalla condotta del rappresentante secondo quanto si ricava dall'art. 1398 c.c. a proposito del *falsus procurator*.

In definitiva attribuire ai creditori sociali azione diretta contro gli **amministratori** a me pare più una scelta di rafforzamento della garanzia di soddisfacimento del credito che una scelta di funzionalizzazione della condotta degli **amministratori** per scopi di deterrenza e, quindi, di buona amministrazione. In fondo, al creditore sociale assai poco importa che l'amministratore abbia gestito la società in modo coerente all'interesse sociale ovvero

in modo distonico all'interesse sociale; al creditore preme che la società sia in grado di adempiere e se l'obbligazione è adempiuta non v'è dubbio che il creditore non abbia interesse all'azione perché nessun danno ha subito.

Anche la più disastrosa gestione della società può rivelarsi neutrale rispetto ai creditori quando il patrimonio è capiente e ciò spiega per quale ragione la valenza risarcitoria dell'azione è il profilo caratterizzante e dominante la *ratio* dell'azione.

6. L'azione di **responsabilità** è, per definizione, un'azione "compensativa" ovvero sia diretta a ristorare un pregiudizio subito (166). Tuttavia, per una concatenata serie di ragioni è vissuta, spesso, come un'azione dal sapore fortemente punitivo (167). Ciò accade soprattutto quando l'azione viene promossa nell'alveo delle procedure concorsuali e ciò in quanto da un lato tali azioni vengono frequentemente precedute dalla concessione di misure cautelari patrimoniali (168) e dall'altro lato le condanne sono assai pesanti le quante volte il giudice reputi accettabile il criterio di commisurazione del danno pari al *deficit* fallimentare; di fatto si assiste ad una traslazione della **responsabilità** limitata dei soci in una sorta di quasi **responsabilità** illimitata degli **amministratori** (169).

Un'opzione verso il modello sanzionatorio si risolve nella sostanza, anche se non nella forma, in una sorta di trasformazione dell'obbligazione che assume connotati più contigui a quella dell'obbligazione per debito così venendo a rinnegarsi, nei fatti, al principio della **responsabilità** limitata (170).

Non possiamo certo negare che il rischio di essere chiamato a rispondere del pregiudizio sofferto dai creditori sociali possa, indirettamente, costituire un deterrente per la responsabilizzazione degli **amministratori**, ma questo aspetto non deve consentire che le azioni di **responsabilità** assumano un connotato essenzialmente sanzionatorio (171).

Continuare a predicare che si tratta di **responsabilità** per danni è, dunque, il primo e decisivo passaggio per ricercare la *ratio* della **responsabilità**.

7. Giunti a questo punto della ricerca, è doveroso esprimersi sugli interrogativi di fondo già esposti in apertura.

In primo luogo si tratta di definire quale sia il tipo di **responsabilità**.

La **responsabilità** che grava sugli **amministratori** nei confronti dei creditori è di natura non extracontrattuale. Questa asserzione espressa con formula negativa vuol rappresentare un primo passaggio.

Non possiamo parlare di **responsabilità** extracontrattuale rispetto ai creditori sociali perché i creditori e gli **amministratori** sono legati da un vincolo prima ancora che la condotta, poi censurata, degli **amministratori** venga posta in essere.

Il creditore sociale fa affidamento sul patrimonio del debitore; tuttavia è a conoscenza, per effetto di un obbligo di legge, che quel patrimonio deve essere gestito in modo equilibrato dagli **amministratori** perché così la legge vuole. Più precisamente, il creditore fa affidamento sulla circostanza che ciò che deve rientrare nell'orizzonte della gestione amministrativa è la protezione del patrimonio sociale nel senso che **responsabilità** sussiste se e quando il patrimonio non sarà più sufficiente a remunerare tutti i creditori sociali.

Dobbiamo parlare di **responsabilità** derivante dalla legge e ciò è sufficiente per predicare l'applicazione dello statuto della **responsabilità** contrattuale (172).

Quanto alla questione della natura dell'azione si è ampiamente spiegato che la diversità del bene giuridico oggetto di tutela nell'azione della società rispetto all'azione dei creditori consente di ritenere definitivamente smarcata la questione della natura autonoma dell'azione.

Vediamo, dunque, quali sono le più significative conseguenze di tale approdo.

I creditori sono liberi di agire contro gli **amministratori** anche quando l'azione sia intentata dalla società; l'inerzia della società non è una condizione per l'esercizio dell'azione dei creditori sociali, per la semplice ragione che solo la sufficienza del patrimonio della società a soddisfare tutti e proprio tutti i creditori sottrae a costoro l'interesse giuridico al proseguimento dell'azione. Non v'è dubbio che gli **amministratori** non possano essere chiamati a risarcire i danni due volte, alla società e ai creditori sociali, per la semplice ragione che ci troviamo al cospetto di un caso che prospetta profili di somiglianza con quello di "concorso di azioni" (173) (e, se si vuole, di consonanza con le regole dettate per la solidarietà attiva). In verità, quando si discorre di concorso di azioni si assume che l'accoglimento dell'una esclude l'accoglimento dell'altra per un sopravvenuto difetto di interesse le quante volte si tratti di c.d. "concorso obiettivo" e cioè del caso in cui una stessa parte svolga più azioni in relazione al medesimo bene della vita (174). Qui è evidente che l'accoglimento della domanda sottostante l'una azione, estingue l'altra azione (mentre il rigetto dell'una, svela l'interesse all'esame della seconda). Diverso, però, è il discorso qualora l'azione che si fonda sul medesimo *petitum* e medesima *causa petendi* si interfaccia con più co-legittimati ad avviare l'azione.

In questa seconda ipotesi (cioè di c.d. concorso subiettivo), nel caso di accoglimento della domanda, tutte le azioni concorrenti vengono assorbite, ma se la pronuncia è di rigetto i co-legittimati rimasti estranei al

processo non vengono (cioè non debbono essere) pregiudicati.

Nella vicenda che ci interessa, invece, le due azioni possono procedere in parallelo e l'azione dei creditori sociali è pregiudicata soltanto dal fatto che il patrimonio della società sia stato, in concreto, ripristinato [\(175\)](#). Il solo esercizio dell'azione sociale e, persino, l'esito favorevole del contenzioso non escludono il concorrente diritto dei creditori che si arresta solo quando il patrimonio della società, che è il vero debitore, viene reintegrato.

Quindi, l'azione promossa dalla società non impedisce che i creditori sociali possano simultaneamente introdurla [\(176\)](#), purché fra le due azioni si instauri un corretto coordinamento affinché l'amministratore responsabile sia chiamato a risarcire il danno una volta soltanto. In tale contesto si spiegherebbe la posizione con rinvio alle regole della solidarietà attiva [\(177\)](#).

Pertanto, rispetto alla classica figura del concorso di azioni, qui l'accoglimento della pretesa della società non estingue l'azione dei creditori sociali, mentre l'accoglimento dell'azione dei creditori sociali estingue la pretesa della società qualora i fatti di *mala gestio* allegati dalla società coincidano con quelli allegati dai creditori.

Ciò comporta, allora, che solo in caso di esito positivo dell'azione sociale e di recupero, con questo, dell'integrità del patrimonio, l'interesse dei creditori sociali venga meno [\(178\)](#).

In tale, più limitato, contesto la situazione qui esaminata presenta profili di assonanza alla figura del concorso di azioni posto che il rapporto fra le due azioni si deve sciogliere secondo la tecnica della verifica dell'interesse ad agire.

Con riferimento, poi, ai rapporti fra le due azioni, si pone il tema di come vada coordinata l'iniziativa dei creditori sociali con la transazione che la società abbia concluso con gli **amministratori**.

Se, in chiave di approccio sistematico si volesse accasare il rapporto fra le due azioni secondo lo schema della solidarietà attiva, si dovrebbe fare applicazione dell'art. 1304 c.c. a tenore del quale la transazione conclusa dal concreditore in solido col debitore rifluisce sugli altri concreditori solo se costoro decidono di profittarne. La regola è, qui, diversa ma solo in parte. Infatti, se la società transige, la transazione produce effetto anche verso i creditori a meno che questi non la impugnano con l'azione revocatoria ordinaria, il che sta a voler dire che si presume che ne vogliano approfittare.

Se ai creditori sociali è concesso di contestare l'eventuale transazione intervenuta fra la società e gli **amministratori** con l'azione revocatoria per frode [\(179\)](#), agli stessi creditori deve essere lasciata la possibilità di impugnare con l'opposizione di terzo revocatoria (art. 404 c.p.c.) la sentenza che abbia deciso sull'azione sociale, imputabile a collusione fra le parti [\(180\)](#).

## SEZIONE II

8. Nel preambolo del presente Contributo si è illustrato che il terreno elettivo delle azioni di **responsabilità**, sia prima che dopo la riforma delle società capitalistiche e delle procedure concorsuali, è rappresentato dalle azioni che in virtù della previsione di cui all'art. 2394-*bis* c.c. competono al curatore fallimentare (art. 146 l. fall.), al commissario liquidatore della liquidazione coatta amministrativa (art. 206 l. fall.) o al commissario straordinario della procedura di amministrazione straordinaria (art. 36 d.lg. 270/99) [\(181\)](#). Orbene, di queste azioni che involgono una serie di problematiche parallele ma non funzionali all'ambito dell'indagine che si sta conducendo non ci si occuperà direttamente. La ragione, già accennata, si incentra sul fatto che l'azione che il curatore fallimentare può esperire presenta peculiarità tali che coltivandone l'indagine, si rischia di perdere l'obiettivo di questa ricerca che è volto a individuare selettivamente i connotati che tipizzano le azioni proprie dei creditori e l'azione del curatore almeno in parte non lo è, là dove la legge affida, come è logico che sia, l'azione della società agli organi del fallimento [\(182\)](#).

Tuttavia, ed al solo allo scopo di fissare un regolamento di confini nella presente indagine, mi pare indispensabile muovere dalla premessa, per vero non sempre condivisa — specie dopo la doppia riforma degli anni recenti —, che l'art. 146 l. fall. non attribuisce al curatore nuove azioni di **responsabilità** ma conferma che, in caso di procedura concorsuale d'insolvenza, al curatore sono attribuite quelle azioni che il codice civile stabilisce e che devia verso l'organo fallimentare secondo la tecnica del rinvio (v., art. 2394-*bis* c.c.) [\(183\)](#).

È ben vero che l'art. 146 l. fall. non contiene un rinvio all'art. 2394-*bis* l. fall. e tuttavia non credo che la sua portata sia più ampia quanto alle tipologie di azioni esperibili, mentre certo più ampio è il *carinet* dei destinatari, posto che nella locuzione **amministratori** e organi di controllo vi rientrano sia i componenti del consiglio di gestione che quelli del consiglio di sorveglianza nel modello della s.p.a. duale [\(184\)](#). Non a caso nel codice civile si sono moltiplicate le ipotesi di **responsabilità** [\(185\)](#).

Infatti, diversamente da quanto talora opinato [\(186\)](#), la legge che attribuisce al curatore la titolarità sostanziale e la legittimazione processuale non è sancita dall'art. 146 l. fall., ma dalle diverse disposizioni allocate nel codice civile; l'art. 146 l. fall. assume il valore di norma procedimentale, autonoma rispetto alle disposizioni codicistiche, ma (volutamente) [\(187\)](#) non attributiva della legittimazione [\(188\)](#). Altrimenti non vi sarebbero argomenti per assumere che al curatore non spetti anche l'azione di cui all'art. 2395 c.c. [\(189\)](#), se non quelli di carattere sistematico secondo i quali il curatore non potrebbe far valere diritti individuali del socio

o del terzo [\(190\)](#).

Proprio l'attribuzione agli organi delle procedure di queste azioni modellate con forme ibride ha generato una congerie di problematiche che sono state spesso risolte più *ratione imperii* e che *imperio rationis*; in verità, va subito declamato che la dichiarazione di fallimento non è in sé un disvalore né una prova della **responsabilità** di chi ha gestito, ma è il più delle volte l'occasione per mettere in luce condotte di *mala gestio* [\(191\)](#).

Con eccessiva frequenza, però, sono state segnalate condotte degli organi delle procedure molto aggressive, anche sfruttando quell'opportunità processuale che, sino agli Anni '90, era rappresentata dallo strumento del sequestro conservativo affidato a quello stesso giudice delegato chiamato a pronunciarsi sull'autorizzazione a promuovere l'azione [\(192\)](#).

In funzione di distaccarmi da questi fattori di "inquinamento ambientale", reputo preferibile affrontare l'argomento delle azioni di **responsabilità** dei creditori sociali nella cornice di un programma di ristrutturazione dell'impresa-società e, dunque, fuori dal contesto del fallimento (una volta, però, verificato il possibile rapporto fra le due iniziative), della liquidazione coatta amministrativa e dell'amministrazione straordinaria, la cui disciplina normativa verrà utilizzata solo come termine di confronto [\(193\)](#).

9. L'art. 146 l. fall. nella sua nuova formulazione stabilisce esplicitamente che il curatore esercita le azioni di **responsabilità** contro gli **amministratori** senza più menzionare quali siano queste azioni. All'uopo viene in "soccorso" l'art. 2394-*bis* c.c. il quale prevede che le azioni di cui agli artt. 2393 e 2394 c.c. spettino al curatore o al commissario liquidatore e straordinario.

Ne consegue che il quesito che può porsi è se tale prevista legittimazione sia, o no, esclusiva [\(194\)](#), nonché se al curatore sia affidato un potere processuale o un diritto sostanziale.

Ancorché l'azione di **responsabilità** (in generale) sia azione che preesiste al fallimento e azione che non sembra mutare strutturalmente con il fallimento (se non per i profili di concorsualizzazione del danno), non pare eterodosso — ma merita di essere spiegato — che il fallimento ne determini un trasferimento al curatore pur quando (pre-)esistano dei soggetti legittimati, i creditori, diversi dalla società.

Per l'azione dei creditori sociali accade sostanzialmente quanto accade per l'azione revocatoria ordinaria [\(195\)](#); un'azione che sorge in capo al singolo creditore e che, tuttavia, quando viene dichiarato il fallimento non può più essere esercitata dal creditore ma è di spettanza (art. 66 l. fall.) del curatore [\(196\)](#), sempre che da questi venga esercitata.

Pertanto, se al momento della dichiarazione di fallimento nessuna azione di **responsabilità** era ancora stata promossa, deve escludersi che possa competere, *ex novo*, ai creditori sociali essendo ad essa legittimato, in via esclusiva, il curatore [\(197\)](#).

V'è, però, da chiedersi, se al curatore transiti anche il diritto di credito al risarcimento del danno, posto che tanto l'art. 146 l. fall., che l'art. 2394-*bis* c.c. si riferiscono alle azioni e non al sottostante diritto così come, non diversamente, si esprime l'art. 66 l. fall.

In verità, nessuna delle due soluzioni è, da sola, appagante. Quando si apre un concorso fra creditori e si forma un patrimonio segregato costituito dai beni del fallito, si consolidano i cc.dd. rapporti compresi nel fallimento (art. 43 l. fall.) e i diritti dei creditori si modificano, in quanto si concorsualizzano come si ricava dagli artt. 51 e 52 l. fall.

La concorsualizzazione delle azioni significa che in costanza di fallimento il diritto (o la pretesa costitutiva) sottostante viene trasferito al curatore che ne assume la piena disponibilità, ma una disponibilità che è limitata al concorso e in esso si esaurisce. Pertanto, quel diritto viene trasferito unitamente all'azione, ma solo ai fini del concorso, con l'effetto che potrebbe anche essere de-concorsualizzato e, dunque, rimesso ai creditori (v., *infra* in questo stesso Par.).

Si pone, poi, un ulteriore e un poco più complicato discorso quando i creditori sociali avessero già intentato l'azione nel momento in cui sopravviene il fallimento. Ancora una volta torna comodo evocare quanto succede in analoga situazione con riferimento all'azione revocatoria ordinaria.

Come l'azione revocatoria ordinaria può essere proseguita dal curatore ma con i limiti derivanti dal modo in cui l'azione era stata promossa — un'azione diversa dalla revocatoria ordinaria ma concorsuale [\(198\)](#) — per identità di *ratio*, il curatore può subentrare nell'azione pendente, ma trascinandosi i limiti dell'azione già proposta [\(199\)](#); in particolare non potrebbe introdurre nel processo *anche* l'azione della società perché ciò significherebbe mutare i fatti allegati [\(200\)](#).

Come viene concorsualizzata l'azione revocatoria ordinaria quando è promossa ad iniziativa del curatore, così pure viene concorsualizzata l'azione dei creditori sociali quando è promossa dal curatore [\(201\)](#). L'azione mira a far emergere le **responsabilità** degli **amministratori** per avere costoro cagionato un pregiudizio al patrimonio sociale rendendolo insufficiente alle aspettative dei creditori, ma il risultato attivo dell'azione giudiziaria va a beneficio di tutti i creditori, compresi coloro che sono diventati tali nei confronti della società dopo che già si era creato il danno [\(202\)](#). In questo contesto è corretto affermare che l'azione dei creditori sociali nel fallimento si trasfigura per divenire una azione di massa, fermo restando che non si tratta di azione che deriva

dal fallimento [\(203\)](#).

A parte questa deviazione, l'azione resta la medesima in quanto il danno perpetrato non cambia; infatti, tanto nel caso dell'azione del creditore ai sensi dell'art. 2394 c.c., quanto nel caso dell'azione del curatore, il danno che gli spetta è, comunque, una porzione del danno inferto al patrimonio sociale; infatti, il danno che il singolo creditore può vantare altro non è che un "dividendo" del maggior danno che spetterebbe all'intera comunità dei creditori, ma per calcolare il diritto del singolo occorre, prima, selezionare il danno collettivo [\(204\)](#). Ciò spiega perché l'azione in cui si inserisca il curatore non diviene una nuova azione, sempre che non vengano a modificarsi i fatti costitutivi della domanda.

Una volta stabilito che il curatore si sostituisce ai creditori, resta, però, da comprendere se i creditori sociali possano permanere nel processo, ovvero se debbano esserne estromessi.

Poiché in passato si è dubitato dell'esattezza della tesi giurisprudenziale che vuole espungere dal processo il creditore che aveva promosso l'azione revocatoria ordinaria [\(205\)](#), per logica simmetria pare che anche in questa ipotesi non si debba far luogo, *tout court*, all'estromissione dei creditori dal processo, pur se costoro non ne saranno più i protagonisti, dovendo retrocedere ad un ruolo ancillare, equipollente a quello di chi svolge intervento adesivo dipendente (ma con la possibilità di una riespansione del diritto le volte che nel frattempo il fallimento si chiuda — o venga revocato —, senza integrale soddisfacimento dei creditori) [\(206\)](#).

Analogamente, sebbene l'ipotesi appaia certo meno probabile, si pone il quesito se la legittimazione esclusiva [\(207\)](#) resista in presenza di dichiarata volontà del curatore di non procedere nei confronti degli **amministratori**, e cioè se i creditori sociali possano da subito supplire all'inerzia del curatore promuovendo l'azione, ovvero se non debbano attendere la chiusura del fallimento. A favore della prima soluzione potrebbe argomentarsi che il dogma dell'universalità della liquidazione fallimentare è venuto meno; infatti, se il curatore può abdicare alla liquidazione di quei cespiti per i quali reputi antieconomico procedere [\(208\)](#), non si vede per quale ragione ove il curatore decida di non procedere ad azioni recuperatorie, non vi possano supplire i creditori, *a fortiori* non dovrebbero essere precluse ai creditori iniziative che riguardano soggetti diversi dall'impresa fallita; e così pure, l'azione dei creditori sociali potrebbe non essere assorbita dall'azione della società esercitata dal curatore le quante volte questa abbia uno spettro inferiore alla prima [\(209\)](#). Qui, il tema non è nuovo perché afferisce alla nota questione se il fallito [\(210\)](#) o i creditori possano promuovere quelle azioni per le quali il curatore manifesta la volontà di non agire senza, però, negare l'esistenza del diritto sostanziale sotteso, talché la legittimazione esclusiva del curatore si arresterebbe nel caso di dichiarata inerzia [\(211\)](#). Per quanto l'esclusività delle attribuzioni del curatore sconti, oggi, la previsione di cui all'art. 104-ter l. fall., il principio di pari esclusività della legittimazione a mio avviso può recedere solo in presenza di una manifestazione di volontà del curatore simile, proprio, a quella di cui all'art. 104-ter l. fall.; altrimenti, i creditori se vogliono reagire alla inazione del curatore (e a maggior ragione alla rinuncia) debbono interporre il reclamo di cui all'art. 36 l. fall. [\(212\)](#) (o, altrimenti, attendere la chiusura della procedura) [\(213\)](#).

In ogni caso, poiché al curatore viene trasmessa oltre alla legittimazione all'esercizio dell'azione dei creditori sociali, anche la titolarità del diritto, sebbene ai soli fini del concorso, credo legittimo che possa efficacemente rinunciarvi [\(214\)](#); pertanto, a fallimento chiuso, l'azione potrà essere riavviata dai creditori, soltanto se nel corso della procedura concorsuale non vi sia stata la rinuncia [\(215\)](#).

Poiché si tende ad ammettere che l'azione di **responsabilità** ex art. 146 l. fall. sia una "normale" azione risarcitoria e come tale passibile di cessione ai sensi dell'art. 106 l. fall. [\(216\)](#), v'è da chiedersi se possa essere oggetto di cessione l'intera azione o solo il segmento relativo all'azione della società di cui all'art. 2393 c.c. Si pone, cioè, il quesito se l'azione dei creditori sociali che la legge trasferisce al curatore ai sensi dell'art. 2394-bis c.c., sia ulteriormente trasferibile dal curatore ad un terzo. Mentre è sufficientemente chiaro che il curatore possa trasferire ad un terzo l'azione revocatoria fallimentare in quanto la posizione giuridica sostanziale pertiene, solo, al curatore, meno evidente è che il trasferimento possa riferirsi ad una posizione sostanziale che non appartiene, in origine, al curatore (ma ai creditori sociali) ma di cui il curatore dispone quanto a legittimazione. In verità, se si condivide la tesi per la quale il curatore esercita in nome proprio un diritto proprio che gli viene trasferito (e non esercita in nome proprio un diritto altrui secondo lo schema di cui all'art. 81 c.p.c.) per volontà di legge, appare assai più plausibile che il curatore possa trasferire ad un terzo anche l'azione dei creditori sociali [\(217\)](#).

10. Chiariti quali sono gli spazi (marginali) di autonomia dell'azione dei creditori sociali nel fallimento, va ora verificato se uno spazio maggiore ricorra, invece, nelle situazioni conclamate di crisi ma fuori dal perimetro delle procedure nelle quali è prevista la nomina di un curatore o di un commissario (liquidatore o straordinario): ciò ad iniziare dal concordato preventivo, procedura nella quale non si assiste ad una "gestione sostituiva", ma pur sempre si è in presenza di un commissario giudiziale e, spesso, di un liquidatore giudiziale. Nella disciplina del concordato manca una partizione dedicata agli effetti nei confronti degli atti pregiudizievoli, a differenza che nel fallimento. Tuttavia il concordato preventivo non è indifferente a quanto è accaduto prima

dell'apertura del concordato.

Ad esempio, quando si parla di effetti del concordato preventivo sugli atti pregiudizievoli e si vuole affrontare il tema con una prospettiva a largo raggio, è logico anche chiedersi se ed in quale misura possano essere sanzionati i comportamenti di coloro che hanno agito come organi, amministrativi e di controllo, delle società di capitali. Al fondo, allora, l'interrogativo pertiene al modo in cui le azioni di **responsabilità** previste nel codice civile reagiscano quando la società amministrata è ammessa al concordato preventivo; un tema divenuto assai più rovente che nel passato, ora che è sopravvenuta l'irrilevanza del requisito di meritevolezza per l'accesso al concordato preventivo.

Nel corso del passato regime normativo l'interpretazione che si era andata consolidando in tema di rapporti fra meritevolezza e società di capitali assecondava l'idea che la valutazione andasse riferita anche al contegno delle società di capitali e per esse dei loro **amministratori** (218). In tale contesto, pur senza una formale dichiarazione, i comportamenti pregiudizievoli posti in essere dagli **amministratori** assumevano rilievo per escludere la meritevolezza della società (219). L'effetto che si produceva era quello della sostanziale indifferenza delle azioni di **responsabilità** nel concordato preventivo, tant'è che la giurisprudenza se ne era dovuta occupare in un numero davvero marginale di casi. Se venivano riscontrati fatti rilevanti veniva a mancare il requisito di meritevolezza con la conseguenza che il concordato preventivo non poteva essere omologato e, dunque, il problema della compatibilità delle azioni di **responsabilità** neppure si poteva prospettare in quanto si apriva la strada alla dichiarazione di fallimento.

Ora che di meritevolezza non si discute più (220), è logico che le questioni in tema di azioni di **responsabilità** verso gli organi sociali acquisiscano tutt'altro (e maggiore) interesse (221).

La materia è così destinata a risultare condizionata dalla pluralità delle azioni (così come dalla varietà dei modelli societari per finire alla flessibilità delle proposte concordatarie), che una ricomposizione unitaria e sistematica appare particolarmente complessa.

Vi sono, però, alcuni dati fondamentali sui quali non dovrebbe essere difficile convenire. Nelle disposizioni in tema di concordato preventivo non esiste una norma simile a quella di cui all'art. 146 l. fall. che assegna al curatore fallimentare la titolarità inscindibile (già, per vero, oggetto di messa in discussione) delle azioni della società e dei creditori sociali (222); né di concordato preventivo si occupa l'art. 2394-*bis* c.c. che esprime le legittimazioni speciali in caso di procedure concorsuali.

Pertanto, posto che non esiste una disciplina specifica (223), occorre tornare alle regole generali del codice civile. Non vi è dubbio che il tema più sensibile sia quello che pertiene alla praticabilità delle azioni dei creditori sociali e tuttavia per comprendere se e come vi sia spazio per una tale azione occorre, dapprima, soffermarsi sul quesito se vi sia (intanto) spazio per l'azione della società.

10.1. L'azione di **responsabilità** nelle società per azioni è deliberata dall'assemblea (art. 2393 c.c.); pertanto, laddove l'assemblea della società abbia già deliberato l'azione di **responsabilità** nel momento in cui la società viene ammessa al concordato, il giudizio risarcitorio, già pendente o che venga radicato dopo l'ammissione e prima dell'omologazione, deve essere promosso dalla società non essendo revocabile in dubbio che la legittimazione all'esercizio dei diritti di credito, sia sul piano sostanziale che sul piano processuale, spetti al titolare (e cioè la società), posto che l'applicazione delle norme di protezione del procedimento di concordato preventivo non conculcano il diritto del debitore in concordato.

Quando l'azione viene avviata, concordato pendente, occorre stabilire se per l'adozione della delibera [della società] sia necessaria, anche, l'autorizzazione del giudice delegato ai sensi dell'art. 167 l. fall. (o specularmente del tribunale ai sensi dell'art. 161, comma 7, l. fall., nella fase di pre-concordato), in quanto atto di straordinaria amministrazione.

La particolare delicatezza e rilevanza degli interessi coinvolti sembra militare, stando alla disciplina del fallimento (v., art. 146 l. fall.), a favore della necessità del rilascio dell'autorizzazione del giudice; non si tratta, infatti, di un atto di organizzazione della società, ma di una scelta che ha un impatto diretto sul concordato e in particolare sulla composizione dell'attivo (224). È ben vero che in generale il debitore concordatario resta il *dominus* delle azioni giudiziarie da intraprendere e che l'azione di **responsabilità** non può essere equiparata ad un atto (sostanziale) di straordinaria amministrazione, ma la cautela con la quale è trattata nel fallimento, là dove è richiesto il parere del comitato dei creditori, induce a ritenere preferibile che il giudice eserciti una forma di controllo. Non va, infatti, trascurato quale può essere l'impatto fra il tema delle azioni di **responsabilità** e la possibile revoca del concordato ai sensi dell'art. 173 l. fall.

Ciò posto, se vi è stata deliberazione della società, il debitore è tenuto, nel predisporre la proposta di concordato, a valorizzare l'azione come un credito ed a procedere, quindi, alla sua presumibile quotazione. Questa quotazione è altresì necessaria ai fini della valutazione della consistenza del patrimonio mobiliare del debitore ove il debitore formuli una proposta nella quale prevede che i creditori muniti di privilegio generale siano soddisfatti nei limiti della capienza dei beni. Pertanto, in presenza di insufficienti risorse, occorre

predisporre la perizia di cui all'art. 160, comma 2, l. fall., tenendo conto anche del presumibile risultato dell'azione di **responsabilità** già deliberata (ed eventualmente già avviata).

L'azione di **responsabilità** già deliberata costituisce, pertanto, un cespite che deve essere dedotto nel concordato; se la proposta ha un contenuto essenzialmente liquidatorio, il credito risarcitorio concorre a formare la platea dei crediti della società che possono essere oggetto di cessione ai creditori o di altra diversa allocazione, anche con trasferimento dell'azione a terzi e acquisizione al concordato del controvalore [\(225\)](#). Conseguentemente, qualora il piano preveda la *cessio bonorum*, nella fase di esecuzione del concordato, è al liquidatore giudiziale [\(226\)](#) che spetta l'esercizio (nonché la inerente legittimazione processuale) dell'azione di **responsabilità**.

Se, invece, il piano di concordato non prevede la cessione dei beni, la titolarità dell'azione resta in capo alla società medesima [\(227\)](#); così pure qualora la proposta preveda sì la cessione ma solo parziale e ciò nei limiti in cui si ammetta che una cessione parziale sia ammissibile senza violare il precetto di cui all'art. 2740 c.c. [\(228\)](#).

Meno semplice è comprendere cosa accada quando manchi la delibera dell'assemblea della società. In presenza di fatti dai quali può essere germinata una **responsabilità** degli organi sociali, il credito risarcitorio si forma nel patrimonio della società, benché assuma una connotazione di credito "latente". In tal caso la società, quanto meno al fine di evitare l'applicazione del regime sanzionatorio di cui all'art. 173 l. fall., sotto il profilo dell'eventuale occultamento dell'attivo (App. Brescia, 14 maggio 2014, *www.ilcaso.it*), ha un evidente interesse a rivelare tali fatti (Trib. Padova, 21 ottobre 2014, *www.ilcaso.it*) e a giustificare, ove questa sia la decisione, la ragione per la quale non è stata assunta la delibera sociale per l'esercizio dell'azione ma, neppure, la delibera contraria di rinuncia all'azione [\(229\)](#). Pertanto, ove vi siano i presupposti per l'esercizio dell'azione è compito del commissario giudiziale rappresentarli ai creditori affinché si determinino consapevolmente per il voto [\(230\)](#); i creditori debbono, infatti, avere consapevolezza che nel fallimento l'inerzia della società sarebbe superata dall'attribuzione della legittimazione al curatore ai sensi dell'art. 146 l. fall.

Ove, poi, la proposta sia omologata e non vi sia stata rinuncia o altra forma (quando legittima) di sottrazione di diritti ai creditori (si pone, qui, il tema del coinvolgimento dell'intero patrimonio del debitore nell'operazione di regolazione della crisi) e, dunque, di abdicazione del diritto di credito risarcitorio, il diritto di credito risarcitorio costituisce, ancora, un *asset* che deve essere valorizzato; l'azione di **responsabilità** ben può essere proposta *ex novo* dal liquidatore giudiziale [\(231\)](#), nel caso di concordato con piano liquidatorio, in quanto, in assenza di patto contrario, ai creditori è trasferito l'intero patrimonio, comprensivo dei diritti risarcitori non ancora attualizzati al momento della domanda di concordato [\(232\)](#).

Nel caso della cessione dei beni ai creditori, il liquidatore giudiziale assume l'incarico di procedere alla dismissione del patrimonio del debitore in funzione della monetizzazione destinata al soddisfacimento dei creditori e non si sostituisce al debitore [\(233\)](#). In tale contesto sicuramente l'esecuzione del concordato non determina alcuna conseguenza sul piano delle competenze societarie nel senso che l'assemblea della società non viene privata delle proprie competenze ma, come per il fallimento, nessuna decisione della società può interferire con la procedura concorsuale e in particolare con la sua attuazione [\(234\)](#); ne consegue che il liquidatore che esercita l'azione sociale non deve essere munito dell'autorizzazione della assemblea [\(235\)](#).

10.2. Una volta verificato che l'azione della società può essere promossa *ex novo* o coltivata nella fase di esecuzione del concordato preventivo, si tratta di appurare se i creditori sociali [\(236\)](#) conservino la legittimazione a promuovere l'azione di **responsabilità** nel concordato preventivo [\(237\)](#); per rispondere ad un tale quesito, occorre preliminarmente stabilire quale sia la natura di tale azione; se cioè si abbia a che fare con una azione di matrice surrogatoria o di matrice autonoma, a prescindere poi dal fatto che si tratti di azione contrattuale o extracontrattuale.

Le riflessioni che seguono muovono dalla condivisione della tesi della natura autonoma dell'azione e della matrice contrattuale della **responsabilità** [\(238\)](#).

Una volta che la riforma della legge fallimentare ha determinato la scomparsa della dicotomia fra concordato con garanzia e concordato con cessione dei beni [\(239\)](#), non si possono più predicare le ipotesi che venivano formulate in passato. Si deve prendere atto che i modelli di piani e di proposte concordatarie sono divenuti moltissimi e così è sommamente difficile irreggimentarli in formule predefinite. L'unica possibile distinzione ancora attuale è costituita da quei concordati che, in quanto destinati a soddisfare i creditori attraverso processi di liquidazione del patrimonio, contemplan la separazione fra titolarità del patrimonio e potere di gestione affidato ad un soggetto (il liquidatore giudiziale) nominato dal tribunale per la liquidazione dei beni in funzione del soddisfacimento dei creditori [\(240\)](#).

La distinzione non rileva al fine di stabilire se i creditori sociali mantengano l'azione ma solo per decidere se, in caso di affermativa risposta, la legittimazione competa al liquidatore giudiziale.

Il primo tema da sviluppare pertiene, allora, alla possibile permanenza dell'azione in capo ai creditori sociali.

Orbene, se si parte dal postulato che l'azione dei creditori sia azione autonoma, ne consegue per logica inferenza che i creditori sociali possono esperire l'azione anche nel concordato preventivo (241) in quanto un'azione di questo tipo che, si badi, coinvolge un patrimonio addizionale quale è quello degli **amministratori**, non può incontrare né le limitazioni di cui all'art. 168 l. fall. che si riferisce alle azioni esecutive (e questa non la è, perché si tratta di azione dichiarativa di condanna) sul patrimonio del debitore (e l'aggressione riguarderà, se mai, il patrimonio di un terzo), né quelle di cui all'art. 184 l. fall. (242), norma dalla quale, al contrario, si desume che nessun effetto esdebitatorio si produce sui (a vario titolo) coobbligati (243). L'avvenuta omologazione del concordato preventivo non estingue il credito per la porzione insoddisfatta ma lo rende, soltanto, non più esigibile nei confronti del debitore. Non si produce alcuna estinzione sia per la negazione dell'effetto esdebitatorio rispetto ai coobbligati, sia perché nel caso del successivo fallimento, il credito falcidiato torna ad essere esigibile.

Gli **amministratori** non sono coobbligati della società rispetto al danno che abbiano recato col loro comportamento ai creditori sociali e, dunque, a maggior ragione, se non possono giovare della liberazione dal debito i coobbligati, anche gli **amministratori** non possono giovare del beneficio dell'esdebitazione, non potendo essere parificati ai soci illimitatamente responsabili (244). Né si può dire che i creditori avendo accettato il patto di concordato non possono pretendere nulla più di quanto promesso perché questo vale per il patrimonio dell'impresa e non per il patrimonio di un terzo quale è l'amministratore (245).

Pur nella consapevolezza che una c.d. "interpretazione teleologica della funzione esdebitatoria del concordato preventivo" dovrebbe condurre alla negazione della sopravvivenza dell'azione di **responsabilità** (246), a me pare che il dato normativo non meriti di essere calpestato. Il concordato preventivo non è un premio per scriminare la **responsabilità** penale (art. 236 l. fall.) e gli effetti di esdebitazione sono voluti solo rispetto al debitore principale (art. 184 l. fall.). Se si vuole che il nuovo concordato preventivo divenga uno strumento per conservare valore, per proteggere risorse e per non distruggere complessi imprenditoriali, occorre potenziarne le dotazioni, presidiare i diritti e non utilizzarlo come semplice strumento opportunistico per porsi al riparo dalle **responsabilità**.

Non credo, poi, che assuma rilievo decisivo la differente situazione (talora adombrata) fra il caso del concordato già eseguito e quello non ancora eseguito, posto che il beneficio dell'esdebitazione riguarda soltanto la società ed i soci illimitatamente responsabili, talché anche a concordato perfettamente eseguito il credito per la porzione non soddisfatta è divenuto inesigibile nei soli confronti della società debitrice e ciò in quanto il patto di concordato lega, soltanto, le parti e queste parti sono il debitore da un lato e i creditori dall'altro (247).

Proprio per questo non ha senso prospettare che con il concordato viene meno l'interesse del creditore alla reintegrazione del patrimonio sociale, posto che abbiamo già postulato che l'azione va a beneficio del creditore, danneggiato dall'insufficienza del patrimonio sociale, e non a beneficio della società. È solo affermando che l'azione ha natura surrogatoria che si potrebbe giustificare una simile affermazione, ma si è partiti dalla tesi opposta.

A maggior ragione, l'azione dei creditori è praticabile se si torna alla tesi che vuole qualificare l'azione dei creditori quale strumento integrativo/rafforzativo della garanzia patrimoniale. È proprio quando c'è il concordato preventivo che gemma l'interesse dei creditori a far valere questa garanzia patrimoniale aggiuntiva.

Quanto sino ad ora enunciato vale sia con riguardo al concordato con cessione dei beni (art. 182 l. fall.), sia con riferimento ad altri modelli di concordato (248); non è, infatti, il modello di concordato che rende diversa la posizione dei creditori ma solo la misura della previsione di soddisfacimento, o, ancor meglio, l'effettivo soddisfacimento.

Quando abbiamo sopra ammesso che l'azione dei creditori sociali non è impedita dall'apertura e dall'esecuzione del concordato preventivo, non si è ancora risolta la questione spinosa se tale azione resti nel patrimonio dei creditori sociali o si trasferisca in capo al liquidatore giudiziale.

10.3. L'azione dei creditori sociali, in quanto azione autonoma, non si trasferisce, nel caso del concordato con cessione dei beni, in capo al liquidatore giudiziale in quanto al liquidatore può, al più, essere attribuita l'azione della società (249).

L'azione sociale gli compete perché appartiene al patrimonio della società ed il patrimonio della società, segregato a favore dei creditori, va liquidato.

Al contrario, l'azione dei creditori sociali, se considerata autonoma, appartiene al loro patrimonio (nel senso che hanno l'aspettativa di soddisfarsi con essa). Ciò significa che non può essere trasferita al liquidatore giudiziale affinché la possa esercitare in nome dei creditori sociali. Un trasferimento di questo genere è impedito applicando il principio generale e sistemico per il quale, salvo espressa previsione di legge, deve esistere piena corrispondenza fra titolarità del diritto sostanziale e legittimazione processuale come

esemplarmente fissato nell'art. 81 c.p.c. che stabilisce i limitati casi di sostituzione processuale, fra i quali non è contemplata la fattispecie in esame [\(250\)](#).

A completamento degli argomenti basilari così enunciati, giova aggiungere che nel concordato non solo non esistono le azioni di massa che nascono dal fallimento (come le azioni revocatorie fallimentari), ma neppure ricorrono quelle che pur già spettanti ai creditori, per effetto dell'apertura di un concorso, si trasfigurano in azioni volte a tutelare tutti i creditori.

In verità, ciò che manca nel concordato preventivo non è tanto l'attribuzione al liquidatore giudiziale dell'azione di **responsabilità** dei creditori sociali, quanto di quel complesso di azioni che hanno un senso all'interno del fallimento ma non anche nel concordato preventivo. In tale contesto, la circostanza che non sia prevista la legittimazione del liquidatore giudiziale è del tutto coerente con questo principio e non è eccentrico che siano i creditori a poter agire individualmente o come gruppo.

Senonché, nella piena consapevolezza che la clausola generale insita nell'art. 81 c.p.c. ostacola il processo di concorsualizzazione di alcune possibili altre azioni, si è obiettato che al curatore non verrebbe trasmessa la legittimazione processuale ma proprio il diritto sostanziale [\(251\)](#). Una tesi di certo suggestiva e tuttavia non condivisibile poiché giustifica sì il superamento dell'eccezionalità dell'art. 81 c.p.c., ma non riempie di contenuto il tema del rapporto fra creditori e liquidatore giudiziale. Gli artt. 66 l. fall. e 2394-*bis* c.c. attribuiscono al curatore una legittimazione speciale e, nei limiti del concorso, trasferiscono la pretesa alla ricostituzione della garanzia o il credito risarcitorio. Tuttavia, poiché il curatore non è un successore dei creditori, il diritto sostanziale non può essergli trasmesso in virtù di successione e la legittimazione non può essergli trasmessa visti i limiti in tema di legittimazione straordinaria. Orbene, se questi ostacoli valgono nel fallimento, a maggior ragione vanno replicati nel concordato preventivo, là dove neppure è ipotizzabile una relazione di successione fra diritti dei creditori e posizione del liquidatore giudiziale.

10.4. Tutto ciò non significa, però, che l'apertura di un concordato preventivo sia neutrale per l'azione dei creditori sociali. Innanzi tutto, proprio la pubblicazione della domanda di concordato nel registro delle imprese certifica la situazione di insufficienza del patrimonio sociale che costituisce il presupposto per l'esercizio dell'azione dei creditori sociali (salvo che non si tratti di concordato che preveda la proposta di soddisfacimento integrale ma con pagamento dilazionato nel tempo); ne consegue che il termine quinquennale di prescrizione dell'azione inizia, quindi, a decorrere da tale momento nel senso che la notizia costituisce una presunzione (non assoluta, potendosi, poi dimostrare che il presupposto oggettivo era rappresentato dalla situazione di crisi) di conoscenza dell'insufficienza patrimoniale [\(252\)](#).

Come già implicitamente rammentato, ai creditori sociali la titolarità dell'azione compete senza che vi possa essere discussione per il sol fatto che uno o più creditori abbiano espresso adesione alla proposta di concordato, dal momento che un conto è l'obbligazione per debito che grava sulla società e altro conto è l'obbligazione per **responsabilità** che grava sugli **amministratori**. Il creditore sociale aderisce alla proposta di concordato della società che, se approvata, non libera da **responsabilità** gli autori di [eventuali] fatti illeciti [\(253\)](#); ma il patto di concordato vincola il proponente-debitore, i creditori e, di riflesso, i coobbligati: non gli **amministratori** [\(254\)](#).

Non credo, poi, si possa qualificare l'approvazione del concordato come una transazione fra creditori e **amministratori** posto che costoro sono estranei al procedimento di concordato; ed, ancora, neppure pare prospettabile che la proposta di concordato che nulla dica dell'azione di **responsabilità** possa essere qualificata come una transazione fra la società e gli **amministratori**, tale da precludere l'azione dei creditori sociali [\(255\)](#).

Neppure condivisione può essere prestata alla tesi per la quale l'esecuzione del concordato rendendo inesigibile il credito verso l'impresa impedisce al creditore sociale di agire nei confronti degli **amministratori** perché non più creditori [\(256\)](#); ancora una volta a me pare decisiva la previsione di cui all'art. 184 l. fall., là dove si stabilisce che l'obbligatorietà del concordato preventivo riguarda l'impresa e, se ve ne sono, i soci illimitatamente responsabili [\(257\)](#).

Predicare che l'effetto esdebitatorio si estende agli **amministratori** porta ad equiparare la posizione degli **amministratori** con quella dei soci illimitatamente responsabili e non sembra, questo, un approdo legittimo. Mi rendo conto che, in apparenza, si trattano meglio i soci — che beneficiano dell'effetto esdebitatorio — degli **amministratori** [\(258\)](#) — che non ne beneficiano e che, anzi, proprio per questo potrebbero essere disincentivati a presentare la domanda di concordato per la società [\(259\)](#) —.

Tuttavia, a ben vedere, queste riflessioni sono largamente controvertibili. Il socio illimitatamente responsabile fruisce dell'esdebitazione (per i debiti sociali) perché si assume che il suo patrimonio sarà stato oggetto di devoluzione ai creditori o, quanto meno, di considerazione da parte dei creditori; l'art. 160 l. fall. prescrive, infatti, che la domanda di concordato deve indicare la consistenza dei beni dei soci illimitatamente responsabili. Se i beni del socio sono stati destinati ai creditori o se i creditori hanno ritenuto irrilevante il patrimonio — che non è stato offerto — dei soci, la conseguenza dell'effetto esdebitatorio è del tutto naturale e

ciò vale, comunque per le garanzie personali, posto che di recente si è affermato che l'art. 184 l. fall. non esdebita il socio illimitatamente responsabile con riguardo alla prestazione di garanzie reali [\(260\)](#).

Quindi si può concludere che non è esatto postulare che gli **amministratori** subiscono un trattamento deteriore rispetto ai soci illimitatamente responsabili.

Per quanto pertiene, invece, al tema della inefficienza economica della tesi dell'esercitabilità dell'azione di **responsabilità**, occorre osservare che il concordato preventivo non scrimina gli **amministratori** dalla **responsabilità** penale per fatti di bancarotta fraudolenta (art. 236 l. fall.), pur se è vero che la giurisprudenza poco si è occupata di bancarotta concordataria. L'idea, ampiamente diffusa, che il concordato potesse costituire un salvacondotto efficace dal rischio di imputazione penale per fatti di bancarotta, è il frutto di un equivoco posto che la **responsabilità** per fatti di bancarotta permane anche con l'apertura del concordato preventivo (art. 236 l. fall.) [\(261\)](#), considerato che le nuove esimenti di cui all'art. 217-bis l. fall. hanno uno spettro applicativo limitato alla bancarotta preferenziale e alla bancarotta semplice [\(262\)](#).

10.5. La misura del danno che i creditori possono pretendere può essere determinata proprio guardando alla proposta di concordato preventivo. Infatti, considerato che la **responsabilità** che gli **amministratori** assumono verso i creditori è limitata (al massimo) alla differenza fra il credito e le aspettative di riparto dalla liquidazione del patrimonio sociale [\(263\)](#), le azioni che i creditori volessero intraprendere non potrebbero non tenere conto dell'andamento e dei risultati del concordato.

Quando l'azione dei creditori sociali viene esercitata nel fallimento dal curatore, non vi è alcun dubbio sul fatto che le risorse recuperate dagli **amministratori** vadano ad incrementare la massa attiva del fallimento, perché ciò di cui ci si duole è, proprio, la riduzione della massa attiva [\(264\)](#). Diverso è il discorso quando l'azione dei creditori viene svolta fuori dal fallimento e dalle altre procedure in cui vi è spossessamento; in questi casi — tanto che la società sia *in bonis*, quanto che sia in concordato — ci si chiede dove confluiscano le risorse ricavate dal positivo esperimento dell'azione verso gli **amministratori**. Si tratta di questione, anche aritmeticamente, assai complessa posto che l'insufficienza del patrimonio sociale rispetto alla proposta di concordato può derivare anche solo parzialmente dalle condotte illecite degli **amministratori**. L'azione di **responsabilità** di cui all'art. 2394 c.c., è diversa dall'*action de comblement du passif* dell'ordinamento francese [\(265\)](#) (oggi *action en responsabilité pour insuffisance d'actif*, art. 651-2 cod. comm.).

Ove, infatti, il danno cagionato dalle condotte degli **amministratori** sia di entità inferiore alla differenza fra quanto si può percepire dal concordato e l'ammontare dell'indebitamento, al creditore che ha esercitato l'azione non potrà che essere riconosciuta una percentuale pari alla proporzione del singolo credito e l'intera esposizione debitoria, al netto, però, delle passività che sono state soddisfatte con prelazione.

Per giungere ad un risultato più concreto è necessario svolgere qualche altro passaggio.

Infatti, solo una volta che è stato selezionato il pregiudizio complessivo ascrivibile agli **amministratori** verso i creditori, resta da verificare come questo possa, poi, declinarsi rispetto all'accertamento del danno nei confronti del singolo creditore (e dunque all'esterno del perimetro dell'azione del curatore fallimentare). Infatti, se la quantificazione del danno nelle azioni di **responsabilità** significa accertare in quale misura il patrimonio della società è stato leso, occorre poi stabilire in che modo il pregiudizio si sia riverberato sul singolo creditore e questo può derivare da un calcolo assai complesso.

Una volta condiviso che il creditore lamenta un danno diretto (per **responsabilità** e non per debito) causato dalla condotta dell'amministratore che ha vulnerato il patrimonio della società sino a renderlo non capiente per soddisfare i creditori, occorre fissare la misura del danno subito dal creditore-attore o dai creditori-attori.

Quando l'azione ex art. 2394 c.c. è promossa da un singolo creditore e questi assume che il patrimonio della società è così vulnerato che la sua pretesa non può essere soddisfatta neppure in parte, il danno subito corrisponde all'inadempimento, anche se l'obbligazione dell'amministratore deriva dalla **responsabilità** e non dal debito, purché la condotta pregiudizievole posta in essere dall'amministratore abbia cagionato alla società un pregiudizio non inferiore all'ammontare del credito di chi agisce in giudizio. Non può, quindi, condividersi l'assunto, predicato in astratto, secondo il quale la misura del danno è (automaticamente) pari al credito [\(266\)](#) e, dunque, nel caso del concordato pari al credito meno il soddisfacimento concordatario.

Parimenti, a me pare incongrua l'opposta tesi secondo la quale la misura del danno è pari alla lesione subita dal patrimonio sociale per effetto delle condotte di *mala gestio*.

Va, prima di tutto, chiarito che qualora il creditore sociale divenga tale quando il patrimonio della società è già incapiente e quando la condotta lesiva dell'amministratore è già stata perpetrata, nessun nesso di causalità potrà dirsi dimostrato fra condotta ed evento [\(267\)](#); talché solo quando la condotta dell'amministratore posta in essere dopo l'assunzione del debito, concorra ad aggravare l'incapienza del patrimonio, vi potrà essere spazio per un risarcimento parziale. Ciò, ovviamente, non esclude affatto che sussista la **responsabilità** degli **amministratori** nei confronti del nuovo creditore ma, in questo caso, per un danno diretto ex art. 2395 c.c. e cioè per avere gli **amministratori** indotto un terzo a concedere credito nella consapevolezza di non poter

adempiere.

Una volta stabilito che al singolo creditore potrebbe spettare un risarcimento pari al credito ove la condotta lesiva abbia determinato un pregiudizio pari o superiore all'entità del credito, resta però da valutare che l'iniziativa che il creditore assume potrebbe non esaurire le azioni di risarcimento possibili e attivabili da altri creditori.

A tal proposito si postula che l'azione che il singolo creditore promuove sarebbe, in verità, una sorta di azione con la quale gestisce gli interessi di tutto il ceto creditorio, talché dovrebbe essere pronunciata una condanna per un ammontare equivalente al danno complessivo e, quindi, pari a quanto, in sostanza, accade quando l'azione è promossa in sede fallimentare.

Orbene, non vi è dubbio che questa soluzione appaia "comoda" perché risolve molti problemi (fra i quali quelli in appresso esaminati a proposito del concorso di azioni), ma è anche vero che un ostacolo insormontabile si frappone.

Nel momento in cui si condivide il teorema che l'azione dei creditori sociali è autonoma, se ne deve far discendere che l'iniziativa che il creditore assume è diretta a cogliere un solo interesse, il proprio, a vedere rafforzata la garanzia patrimoniale sul suo credito (non anche un equipollente interesse di altri creditori).

Il giudice che accoglie la domanda di risarcimento del danno "quota" la condanna in misura pari al pregiudizio sofferto dal singolo creditore e giammai potrebbe il giudice pronunciare una condanna commisurata all'intera lesione patrimoniale, perché ciò significherebbe, nella sostanza, tornare alla teoria dell'azione surrogatoria, ciò che accade, ad esempio, per l'azione promossa dalla minoranza, là dove la pronuncia è resa a favore della società.

Tuttavia, il ragionamento sopra esposto e "rifiutato" rispetto alla posizione del singolo creditore, potrebbe assumere un significato molto concreto laddove si volesse considerare che la pretesa del singolo creditore può concorrere, anche in tempi diversi, con pretese di altri creditori.

Pertanto, se va escluso che il giudice possa condannare gli **amministratori** al risarcimento del danno complessivo pari alla lesione inferta al patrimonio sociale, non sarebbe illogico immaginare che per pervenire alla condanna a favore del singolo creditore il giudice debba, prima, accertare l'entità del danno complessivo, sebbene al modo di un accertamento incidentale.

Pertanto, in questa prospettiva potrebbe risultare coerente calcolare l'intera misura del pregiudizio per, poi, assegnare al creditore il "dividendo" proporzionale alla misura del credito [\(268\)](#).

Lo scenario astratto è abbastanza chiaro ma la sua declinazione in concreto non lo è affatto.

In presenza di più creditori danneggiati, assegnare al singolo creditore un risarcimento pari al credito rischierebbe di impedire che altri creditori possano trovare soddisfazione; per converso, limitare il risarcimento alla quota del "dividendo" potrebbe risultare penalizzante per il creditore (e ingiustificatamente premiale per l'amministratore) qualora gli altri creditori rimanessero inerti.

Occorre, allora, trovare un punto di equilibrio in funzione di contemperare i più interessi.

L'amministratore è responsabile per aver cagionato, con atti di *mala gestio*, l'insufficienza del patrimonio ma di insufficienza si può discutere solo in virtù di un confronto fra attività e passività, il che si traduce nella necessità, non eludibile, di considerare il debito esistente nei confronti di tutti i creditori.

Il primo passo è accertare l'entità dell'incapienza patrimoniale e, solo dopo, misurare quanto di questa incapienza sia addebitabile alla condotta degli **amministratori**.

Questa operazione mira a selezionare la massima misura del danno risarcibile.

L'operazione successiva è volta ad individuare l'ammontare dei crediti che potrebbero essere stati incisi dagli atti dannosi e, subito dopo, la proporzione fra la misura del credito di chi agisce e l'intero monte-crediti tutelati. Solo a quel punto risulterebbe possibile procedere al "dividendo", fermo restando che una volta escluso che l'azione abbia natura surrogatoria/sostitutiva, la condanna deve essere pronunciata a favore del singolo creditore. Come è agevole notare, la misura di tale condanna non può prescindere da un complesso computo proporzionale [\(269\)](#).

Senonché, l'operazione aritmetica non si arresta a questo calcolo perché ai fini della tutela del ceto creditorio andrebbero considerate anche le cause di prelazione. Ed ancora rimane un senso di non appagamento in funzione della protezione del singolo creditore quando si osserva che attribuendo il dividendo si presume una concorrenza di iniziative di altri creditori che potrebbe, invece, mancare.

Ben si comprende che la questione della quantificazione del danno nell'azione dei creditori sociali si presenta argomento dalle rilevanti asperità, di consueto obliate per il fatto che l'azione viene esercitata normalmente nell'ambiente concorsuale/fallimentare; se ci si trovasse di fronte ad una maggiore casistica il tema, certo, susciterebbe maggiore interesse e, forse, non sarebbe eterodosso pensare ad una soluzione simile a quella che il legislatore ha scelto nell'ambito della tutela dei consumatori sotto il vessillo della *class action* domestica [\(270\)](#).

Tuttavia, una soluzione va trovata e non può essere soltanto approssimativa.

Il "dividendo" come sopra computato va ulteriormente selezionato avuto riguardo al modo in cui potrebbero operare le cause di prelazione che taluni creditori potrebbero vantare; in sostanza si tratta di simulare una specie di riparto concorsuale in modo da verificare quale sia l'esatta porzione del danno che a ciascun creditore può competere. Al termine di una complessa operazione aritmetica, rispetto alla quale può risultare assai opportuno disporre una consulenza tecnica, viene determinata la misura minima del danno risarcibile (corrispondente al caso nel quale tutti i creditori chiedono di essere risarciti) e quella massima (corrispondente al caso nel quale chiede di essere risarcito solo il creditore-attore). All'interno di questa forbice i creditori-attori possono chiedere la condanna degli **amministratori** al risarcimento del danno nella misura minima, senza essere tenuti ad integrare il contraddittorio nei confronti degli altri creditori. Viceversa, se intendono ottenere la condanna in una misura superiore a quella minima (o nella misura massima) debbono coinvolgere taluni o tutti gli altri creditori in modo che la decisione espliciti una efficacia vincolante.

Questa ipotesi, praticabile in astratto, è di certo assai complessa in concreto perché onera il creditore nel dover coinvolgere nel processo molti soggetti che potrebbero anche essergli ignoti.

Ed allora, in alternativa, si potrebbe teorizzare che il singolo creditore possa chiedere la differenza fra la misura minima e quella massima in via condizionale, rimanendo onerato (ma solo nell'azione esecutiva) di dimostrare che le quote spettanti ad altri creditori, quelli inerti, gli possono essere attribuite in ragione della prova dell'inesigibilità di tali crediti (ad esempio perché, nel frattempo, prescritti) [\(271\)](#).

Anche questa soluzione qui proposta è, oggettivamente, assai complicata e tuttavia a me pare inaccettabile la scorciatoia rappresentata dal voler attribuire al singolo creditore a titolo di danno, l'ammontare del credito insoddisfatto, posto che tale opzione pregiudica i diritti degli altri creditori.

Per bilanciare gli opposti interessi e cioè da una parte consentire che il creditore possa acquisire il migliore trattamento possibile del suo credito risarcitorio e dall'altra parte escludere che l'amministratore responsabile sia chiamato a risarcire i danni dei creditori in misura superiore alla lesione procurata al patrimonio sociale, l'unica soluzione ragionevole è quella di stabilire una specie di diritto di regresso fra concreditori.

Pertanto, qualora un creditore abbia ricevuto a titolo di risarcimento del danno una somma pari, ad esempio, all'ammontare del credito insoddisfatto, ma superiore al dividendo fra creditori, nel successivo processo avviato da un nuovo creditore, l'amministratore avrà l'onere di chiamare in causa ai sensi dell'art. 106 c.p.c. il precedente creditore chiedendo di essere da questo garantito per il *surplus* ricevuto all'esito del primo giudizio.

10.6. Il concordato preventivo è una procedura concorsuale che se talora può essere attivata per neutralizzare il rischio del fallimento, deve oggi essere intesa in senso più moderno come strumento di regolazione della crisi di una impresa. Uno strumento di reazione che guarda all'impresa e ai suoi creditori e, assai meno che in passato, all'imprenditore [\(272\)](#).

Ed allora se si vuole, davvero, provare a costruire un nuovo sistema di regolazione della crisi secondo le regole del concorso concordatario è gioco forza necessario valorizzare ciò che attiene all'impresa e svalutare ciò che attiene a chi l'impresa ha gestito.

Il terreno elettivo delle **responsabilità** dei soggetti che hanno gestito l'impresa non è il procedimento di concordato e, in particolare, il sub-procedimento di cui all'art. 173 l. fall. [\(273\)](#), ma lo sono le azioni di **responsabilità** e le iniziative del pubblico ministero sul fronte penale.

Occorre cambiare cultura: gli **amministratori** non debbono pensare al concordato preventivo come ad un salvacondotto dalle azioni di **responsabilità** e dalla bancarotta ma come ad uno strumento che deve reagire alla crisi di una impresa e che gli **amministratori** hanno il dovere di attivare per non incorrere in una ulteriore **responsabilità**: quella di non aver saputo correttamente governare la crisi dell'impresa.

Al termine di queste considerazioni non può che concludersi che le azioni dei creditori sociali possono essere promosse anche in costanza di concordato preventivo e pur dopo la sua esecuzione.

11. Come in passato l'azione di **responsabilità** aveva trovato poca fortuna anche nella cornice dell'amministrazione controllata [\(274\)](#), ci si deve chiedere se analoga sorte avrà l'azione rispetto agli altri strumenti di composizione concordata della crisi che non presuppongono però l'instaurarsi di una procedura concorsuale e dello spossessamento, neppure attenuato [\(275\)](#).

Il primo rilievo pertiene alla circostanza per cui tanto il piano attestato di risanamento (art. 67, comma 3, lett. d, l. fall.), quanto l'accordo di ristrutturazione (art. 182-bis l. fall.), possono, tranquillamente, convivere con una situazione patrimoniale nella quale non sia prevista una insufficienza patrimoniale, ma soltanto una crisi finanziaria [\(276\)](#). Si tratta, però, di una valutazione astratta che non può considerarsi assorbente, nel senso che ben si può predicare anche uno scenario diverso e spesso questi strumenti vengono piegati per governare situazioni di insolvenza patrimoniale (e quindi di *naturale* insufficienza patrimoniale).

Pertanto, qualora l'impresa in crisi concluda con i creditori un accordo di ristrutturazione o un accordo ancillare di sostegno del piano attestato di risanamento, ben potrebbe tutto ciò accadere in presenza di una società

dotata, ormai, di un patrimonio non più capiente per coprire tutti i debiti.

Poiché in ambedue le ipotesi ci si trova al cospetto di accordi negoziali interamente disciplinati dal diritto privato (277) (salve le esternalità verso i terzi che sono, proprio, il tratto caratterizzante di questi strumenti), è evidente che coloro che stipulano gli accordi *ex latere creditoris* possono disporre tanto del diritto di credito verso la società debitrice, quanto di un potenziale credito risarcitorio verso gli **amministratori** ai sensi dell'art. 2394 c.c. Nulla esclude, allora, che negli stessi accordi o in atti separati possa intervenire una rinuncia dei creditori all'esercizio dell'azione di **responsabilità**, fermo restando che ciascun creditore impegna solo sé stesso, non potendosi applicare alcuna regola del concorso e della deliberazione maggioritaria.

Ma se questi accordi paralleli non vengono siglati, non vi è alcuna ragione per escludere che quegli stessi creditori che hanno concluso un accordo con la società possano sentirsi liberi di agire nei confronti degli **amministratori** assumendo che l'accordo stipulato che contempla uno "stralcio" del credito deriva dalla insufficienza del patrimonio sociale (278) e che pertanto, in presenza di atti di *mala gestio*, coloro che li hanno compiuti vanno perseguiti con l'azione ex art. 2394 c.c. (279).

Come si è già accennato proprio queste situazioni di crisi, in quanto conclamate (280) almeno rispetto ai creditori coinvolti negli accordi, potrebbero divenire il terreno elettivo per il futuro esercizio dell'azione dei creditori sociali. In questa cornice, se un interesse che muove la compagine amministrativa ad avviare questi percorsi fosse quello di preconstituersi un salvacondotto dalle azioni di **responsabilità** si dovrebbe, invece, prendere atto che nessuno degli strumenti di composizione concordata provoca un effetto di esdebitazione risarcitoria verso gli **amministratori** ed, anzi, in presenza di un soddisfacimento solo parziale del credito è possibile che una ostensione della crisi induca taluni creditori, quelli più organizzati, ad una reazione sul fronte dell'esercizio delle azioni di **responsabilità** (281).

Infatti, se è ben vero che esistono delle ipotesi specifiche di esenzione da **responsabilità** penale correlate alla bancarotta preferenziale e alla bancarotta semplice in relazione alle scriminanti di cui all'art. 217-bis l. fall. (e ciò sia per gli accordi che per i piani attestati), la conclusione di un accordo, di per sé, non rimuove l'antigiuridicità delle pregresse condotte di *mala gestio*. Non credo si possa far discendere da tali disposizioni una generalizzata riconfigurazione in termini di liceità dei comportamenti assunti dagli **amministratori** quando abbiano cagionato un danno ai creditori.

La conclusione di un accordo che regola la crisi dell'impresa è diretto a gestire il complessivo rapporto debitore-creditori, non a smacchiare le **responsabilità**.

#### Correlazioni:

#### Legislazione Correlata (18)

- » [r.d. 16 marzo 1942 n. 267 artt. 146](#)
- » [r.d. 16 marzo 1942 n. 267 art. 160](#)
- » [r.d. 16 marzo 1942 n. 267 art. 167](#)
- » [r.d. 16 marzo 1942 n. 267 art. 173](#)
- » [r.d. 16 marzo 1942 n. 267 art. 217-bis](#)

[+ Visualizza successivi](#)

#### Doc. associati:

- » [Documenti con la stessa classificazione](#)
- » [Documenti stesso autore](#)
- » [Bibliografia Correlata](#)